Jur. is.
183
p

Jur. Prag. Seuffert
183 P.

<36600492910014

<36600492910014

Bayer. Staatsbibliothek

Gesammelte

rechtswissenschaftliche Abhandlungen

von

Dr. Johann Adam Seuffert,
Appellationsgerichtsrath zu Ansbach.

Erlangen, 1837
bey J. J. Palm und Ernst Enke.

NVd
265. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort.

Die vorliegende Sammlung ist durch den Umstand veranlaßt worden, daß der fortdauernden Nachfrage nach einigen meiner akademischen Programme, bei der Erschöpfung des Vorraths, nicht mehr genügt werden konnte. — Ich habe denselben einige Aufsätze beigefügt, welche zuerst in minder verbreiteten oder nicht juristischen Zeitschriften erschienen waren. Der Abdruck erfolgte überall ohne Aenderung und Zusatz.

Die Abhandlung Nr. I. wurde zu einer Zeit geschrieben, in welcher den patriotischen Wünschen für eine fortschreitende Emanzipation des Grundbesitzes die Hoffnung zur Seite stand, daß die kommenden Tage diese Nationalangelegenheit auf dem gesetzlichen Wege dem Ziele näher führen würden. — Seit jener Zeit ist manche Veränderung der Ansichten eingetreten; für die ersehnte Kultur-Gesetzgebung scheinen die Sterne nicht günstig zu stehen; — schriebe ich heute über einen solchen Gegenstand, so würde das Kolorit der Einleitung minder lebhaft seyn und das Motto nicht von „rascher Heilung" sprechen.

In der Abhandlung Nr. VI. habe ich es als einen durch die Jurisprudence des französischen Kassationshofes festgestellten Rechtssatz angeführt, daß Tödtungen und Verwundungen, im Duelle begangen, strafrechtlicher Verfolgung nicht unterliegen. Das immer steigende Ueberhandnehmen der Zweikämpfe mag die oberste Magistratur Frank-

reichs veranlaßt haben, die lange Jahre hindurch festgehaltene Ansicht einer neuen Prüfung zu unterstellen. Am 22. Juni l. J. wurde von dem Kassationshofe, in Gemäßheit der von dem Generalprokurator Dupin gestellten Anträge zum erstenmale nach der entgegengesetzten Ansicht erkannt. Die Entscheidungsgründe sind: 1) Aus dem Stillschweigen des Strafgesetzbuchs über das Duell sey nicht zu folgern, daß die allgemeinen Strafbestimmungen über Tödtungen und Verwundungen hier unanwendbar seyen; und dies 2) um so weniger, als die besondern Verhältnisse des Duells unter den vom Gesetzbuche anerkannten Strafaufhebungsgründen nicht vorkämen; 3) von Nothwehr könne, wo man sich freiwillig in die Gefahr begebe, nicht die Rede seyn; 4) die Verabredung, auf welcher das Eigenthümliche dieser Fälle beruhe, verstoße jedenfalls gegen die guten Sitten; Verabredungen solcher Art irgend eine rechtliche Wirkung und gar die Wirkung der Aufhebung der Strafbarkeit beimessen zu wollen, sey gesetzwidrig und ungereimt; 5) in die Aufgabe der Geschwornen gehöre es, zu ermessen, ob in den einzelnen Fällen Umstände, welche die Schuld aufheben oder doch mindern, vorhanden seyen. —

Einzelne Berichtigungen und Zusätze finden sich am Schlusse der Sammlung.

Ansbach den 3. July 1837.

Seuffert.

I.

Beytrag zur Lehre vom Weide-
rechte.

Lang erbten sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Doch bey dem heutigen Geschlechte
Kömmt Heilung rasch von Ort zu Ort.
Vernunft war Unsinn, Wohlthat Plage,
Wohl dir, daß du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist endlich nun die Frage.

I.

Beytrag zur Lehre vom Weide-rechte.

Wenig erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Doch bey dem heutigen Geschlechte
Rücket Erfüllung rasch von Ort zu Ort.
Vernunft war Unsinn, Wohlthat Plage;
Wohl dir, daß du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist endlich nun die Frage.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

I.

Beytrag zur Lehre vom Weiderecht.

§. 1.

So wie es in gewissen Zeitabschnitten herrschende Krankheiten giebt, und Laster und Verbrechen derselben Art besonders häufig vorkommen, so scheinen auch zu Zeiten bestimmte Arten von Prozessen auf der Tagesordnung der Gerichte ganz besonders vorzuwalten. Die Ursachen solcher Erscheinungen sind bey Krankheiten meistens in physischen, bey Verbrechen und Prozessen in geschichtlichen Verhältnissen aufzusuchen. So wie ferner acute Krankheiten häufig als der Kampf einer kräftigen Natur mit dem vielleicht lange vorhandenen Krankheitsstoffe erscheinen und so gleichsam die Keime erhöhter Blüthe der Gesundheit enthalten,

Bayerische Staatsbibliothek München

eben so können manche Prozesse als die Crise betrachtet werden, durch welche das Rechtsleben aus dem Zustande krankhafter Verkrüppelung in den einer freien gesunden Beweglichkeit übergeht.

Wenn man nun auf der einen Seite mit warmer Theilnahme beobachtet, wie in dem großen geschichtlichen Prozesse unseres Jahrhunderts allseitige Forderungen verfassungsmäßiger Freiheit von Person und Eigenthum, gerechter Gleichheit Aller vor dem Gesetze — mühsam aber doch siegreich *) ankämpfen gegen die hartnäckig vertheidigten mittelalterischen Ueberlieferungen der Feudalherrschaft, Aristokratie und Hierarchie; — so wird man auf der andern Seite nicht verkennen, daß sich die charakteristischen Elemente dieses großen Entwicklungskampfes in tausend bei unsern Gerichten schwebenden Streithändeln gleichsam in verjüngtem Maaßstabe darstellen. Die Rechtsverhältnisse, deren Ursprung in der ehemaligen Leibeigen-

---

*) Vgl. z. B. die Einleitung in die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern.

schaft, in der alten Vogt- und Schutzherrschaft, im Lehensverbande, in dem weltlichen Regiment der Geistlichkeit und anderen dergleichen patriarchalischen Institutionen des geprießenen Mittelalters wurzelt, sie wurden nicht allein durch die politischen Stürme der Gegenwart radical erschüttert, sondern überall beginnen auch diejenigen, auf welche mit jenen Antiquitäten keine Rechte und Vortheile, sondern nur Lasten und Leiden vererbt wurden, in den Gerichten einen kleinen Krieg gegen die Nachkommen der alten Leib-, Schutz- und Lehensherrn. In jugendlicher kräftiger Lust fühlt der Landmann seine Bedeutung im Staate, und versucht es, die verrosteten Fesseln abzuschütteln, welche, in frühern finstern Jahrhunderten geschmiedet, auch heutzutage noch die Freiheit seiner landwirthschaftlichen Thätigkeit in mannigfacher Hinsicht beengen sollen. Die vielleicht seit Jahrhunderten unbestrittenen Gerechtsame des Frohn-, Zins-, Zehent-, Weide- und Schäfereyrechts werden von allen Seiten hinsichtlich ihres rechtlichen Ursprungs in Zweifel gezogen, ein gnädiger Blick des gnädigen Herrn genügt

nicht mehr *), um alle Mühe und Leistungen des wahlfähigen Gutsbesitzers reichlich zu vergelten, und der Gutsherr, will er sich noch ferner der Vortheile jener hergebrachten Gerechtsame erfreuen, muß es darauf wagen, den die Freyheit ihrer Person und Güter vertheidigenden Landleuten vor den Schranken eines von ihm unabhängigen Gerichts gegenüberzutreten.

In einem Zeitalter, in welchem das Streben nach politischer Freyheit eine so bedeutende Rolle spielt, ist es gar nicht zu verwundern, daß auch die s. g. natürliche Freyheit der Grundstücke unter den Juristen recht viele Anhänger und Gönner findet, und der Ansichten und Grundsätze, welche von diesem Standpunkte aus gewonnen und gebildet wurden, mögen sich

*) Schon Klingner (Sammlungen zum Dorf- und Bauernrechte. Th. II. S. 7.) fand zu seiner Zeit (1750) öfters Veranlassung, sich darüber zu wundern, wie „beisammenhaltende Dorfsgemeinden" sich nicht durch liebreiche Vorstellungen zur Leistung von ungemessenen Frohnen, zur Gestattung eines culturhemmenden Triftrechts u. dgl. bestimmen lassen wollten.

die angegriffenen Frohn- und Zehentherrn nicht sehr zu erfreuen haben. Gewöhnlich drehen sich nun auch die Prozesse dieser Art vorerst um die Frage, ob der Kläger den Beweis der Freyheit, oder der Beklagte den Beweis der Belästigung zu führen habe, und sodann wird durch die Untersuchung, ob dieser oder jener den aufgelegten Beweis gestellt habe, oder nicht, die endliche Entscheidung herbeigeführt. Ueber die bey diesem gewöhnlichen Gange zur Sprache kommenden Rechtssätze sind wohl die wissenschaftlichen Akten für spruchreif zu halten. Doch manchmal bietet auch der an sich gewöhnliche Fall in seiner individuellen Erscheinung eine interessante Spitze dar; — diese Eigenthümlichkeit veranlaßt vielleicht eine weiterführende Untersuchung, und diese Untersuchung bewährt nun den wohlthätigen Einfluß, welchen die Beschauung des Rechtslebens auf die Theorie des Rechtes hat. — So sind auch die hier dargelegten Ansichten Ergebniß der Betrachtung einer vorgekommenen Streitsache der angeführten Art; es sind, möchte ich sagen, Stu-

dien und Andeutungen zu einer actio oder exceptio in factum *).

§. 2.

Unter den Hindernissen einer zum Bessern aufstrebenden Landwirthschaft, welche aus dem belobten Mittelalter wie eine ewige Krankheit auf die Gegenwart forterbten, war dem Landmanne aller Orten die dem Gutsherrn zustehende Weide- und Schäfereygerechtigkeit als ganz besonders drückend erschienen. Einerseits mußte es ihm wahrhaft empörend dünken, daß durch erzwungenes Brachhalten der zur Stallfütterung unentbehrliche Bau der Futterkräuter, und etwa auch die einträgliche Anpflanzung der Oelgewächse gehindert oder beeinträchtigt werden sollten, und vielleicht gar die eben aufsproßenden Klee- und Repsfelder Gefahr liefen, zur bessern Nahrung des gutsherrlichen Viehes abgeweidet zu werden **). Auf der andern Seite

*) Vgl. Gans über röm. Obligationenrecht. S. 144.

**) Vgl. Klingner in den angeführten (sehr brauchbaren) Sammlungen. Th. I. Kap. XXII.

mochte es dem zu hellem Selbstbewußtseyn erwachenden Bauern kaum einleuchten, wie es recht und billig seyn könne, daß nur der Gutsherr allein das Recht haben solle, die Vortheile der Schaafzucht und insbesondere des Schaafdüngers zu genießen.

Hieraus hat sich nun die sehr häufige Erscheinung ergeben, daß die Landgemeinden entweder geradezu die actio negatoria auf Beseitigung der ganzen Dienstbarkeit anstellten, oder doch durch Anschaffung einer eignen Heerde den Druck derselben zu vermindern und die Vortheile der Schaafzucht zu theilen strebten. Natürlich sahen die Servitutberechtigten das letztere Unternehmen nicht gleichgültig an: denn aus der Concurrenz drohte ihnen eine bedeutende Schmälerung ihres bisherigen Weidegenusses. Unter diesen Umständen war es nun ihre Sache, die Rolle des Klägers zu übernehmen, und auf dem Wege Rechtens die Anerkennung einer ausschließenden Weidebefugniß zu suchen.

Auf den ersten Anschein dürfte man glauben, daß die Rechtsfrage, auf welche es bey Entscheidung dieser Fälle ankömmt, gar keine

Schwierigkeit darbiete. Denn es ist ja eine ausgemachte Sache, daß der Weideberechtigte dem Eigenthümer die Mithut (jus compascendi) ex jure dominii nicht verwehren könne, und auch die Grundsätze, wornach in einzelnen verschiedenen Fällen die Concurrenz des Servitutinhabers und Eigenthümers zu regeln ist, sind, wo nicht zweifellosen, doch bekannten Rechtens *). Aber nicht das ist die critische Frage, ob der einzelne Gutsbesitzer für sich, auf seinen Feldern, und nach Verhältniß des auf diesen zu gewinnenden Futters Schaafe neben der Heerde des Berechtigten zu halten befugt sey? — sondern es handelt sich vielmehr nur davon, ob dem Berechtigten dem die Weide auf die ganze Feldmark einer Gemeinde zusteht, die Gemeinde selbst oder doch die Gesammtheit der Gemeindeglieder, als Gesellschaft, mit einer eignen Heerde kraft des Mithutungsrechtes gegenüber treten könne? — — Wäre nämlich jeder einzelne Gutsbesitzer mit dem con-

*) Vgl. Glück im Commentar. Bd. 10. §. 680.; — meine civil. Erörterungen S. 73 ff.

currirenden Schaafhalten auf seine eignen Felder beschränkt, so würde der zu hoffende Vortheil die nothwendig aufzuwendende Mühe nicht von ferne lohnen. Daher wird die Ausübung der Mithut von den Belästigten zur Gemeindesache gemacht, oder doch gemeinschaftlich betrieben, und hiergegen sagen nun die Berechtigten: „Wenn gleich den sämmtlichen einzelnen „Eigenthümern auf ihren dienenden Feldern die „Mithut zukömmt, so kömmt sie ihnen doch „eben nur als einzelnen Eigenthümern einzelner „dienenden Grundstücke zu. Die einzelnen Ge„meindeglieder, auch in ihrer Gesammtheit, sind „doch immer nicht mit der Gemeinde selbst, der „moralischen Person, zu verwechseln; diese bil„det ein von ihnen ganz verschiedenes Rechts„subjekt, und ist, wenn sie sich die Mithut „gegen den Berechtigten anmaßen will, darum „gar nicht zur Sache legitimirt, weil die prae„dia servientia nicht ihr, sondern vielmehr den „einzelnen Eigenthümern, als solchen, gehören. „Auch durch Annahme einer Mithuts-Gesell„schaft läßt sich die gemeinsame Ausübung „nicht rechtfertigen; denn kein Einzelner kann

„den Andern Rechte einräumen, welche zum „Schaden des Servitutinhabers gereichen.“

Diese Lage und Darstellung der Sache soll nun der Gegenstand unsrer Prüfung seyn.

§. 3.

Wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß bey den fraglichen Weide-Servituten die einzelnen Grundstücke und Landgüter, als solche, praedia servientia sind, so kann man gegen die im vorigen §. für das Interesse der Berechtigten aufgestellten Grundsätze keine Einwendung machen. Denn jene sind im Privateigenthume der einzelnen Gemeindeglieder, und es ist unbestrittenen Rechtens, daß die Gemeinde, die moralische Person, als ein von ihren einzelnen Gliedern ganz verschiedenes Rechtssubject zu betrachten sey, daß ferner ihre Rechte nicht den einzelnen Gliedern zukommen, und eben so wenig sie gleichsam als das Centralsubject der Rechte der Letztern gelten könne *).

---

*) Fr. 7. §. 1. quod cujusc. univ. nomine. Fr. 1. §. 15. ad S. C. Trebellianicum. — Vgl. Hau-

Da nun nach der angeführten Voraussetzung die Gemeinde, als solche, nicht der dem Weideberechtigten gegenüberstehende Verpflichtete ist, so kann sie auch die dem serviens zukommende Mithut nicht in Anspruch nehmen.

Eben so wenig ist bey dem Daseyn der bezeichneten Weideservitut die Eingehung einer Mithutsgesellschaft unter mehrern Eigenthümern dienender Grundstücke zu rechtfertigen. Der einzelne Eigenthümer mag immer mit so viel Schaafen concurriren, als er auf seinen eignen Feldern zu ernähren im Stande ist, er mag auch die Befugniß haben, dieß sein Concurrenzrecht, in dem angegebenen Maaße durch einen Dritten ausüben zu lassen. Allein durch die Eingehung einer Mithutsgesellschaft mit den übrigen Gemeindegliedern wird die Ausübung der bestehenden Servitut weit mehr beeinträchtigt, als durch die vereinzelte Mithut der Einzelnen. Denn hier läßt jeder Theilhaber auf seinen Feldern die ganze vereinigte Heerde der

---

bold (Gaudlitz) de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis. cap. 1. §. 2.

Gesellschaft zu, und häufig wird dadurch dem Berechtigten aller Weidegenuß entzogen werden. Nun verbieten aber die Gesetze dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks jede Unternehmung, wodurch er der Ausübung der Servitut hinderlich wird *), und insbesondere darf er einem Dritten kein neues Recht an der dienenden Sache einräumen, durch welches der Genuß des frühern Servitutberechtigten geschmälert würde **). Demzufolge kann der Inhaber des Weiderechts gegen die Errichtung der bezeichneten Mithutsgesellschaft allerdings rechtlichen Einspruch thun ***).

---

*) Fr. 20. §. 3. 6. de serv. praed. urb., fr. 13. §. 1. de serv. praed. rusticorum. fr. 9. pr. si serv. vind. fr. 15. §. 8. fr. 21. §. 3. quod vi aut clam. Thibaut Pandectenrecht §. 604. F. Günther principia juris romani §. 622. Schweppe röm. Privatrecht. §. 285.

**) Fr. 8. 11. pr. de aqua pluv. C. 4. de serv. et aqua.

***) Ausnahmsweise wird eine Mithutsgesellschaft der angeführten Art als zuläßig erscheinen, wenn nach der Thatsache, welche das Weiderecht begründete, z. B. dem Gestattungsvertrage, das

§. 4.

Die bisher entwickelten Grundsätze können aber da keine Anwendung finden, wo das praedium serviens nicht in den einzelnen Grundstücken und Landgütern, als solchen, sondern in der ganzen Feldmark eines Dorfes, als einem Ganzen, einer Einheit — einer universitas besteht.

Unter Dorfsflur, Dorfsmarkung, Feldmark eines Dorfes versteht man den Bezirk, welcher das Dorf und alle dazu gehöri-

---

ganze Verhältniß sämmtlicher Eigenthümer der dienenden Grundstücke zu dem Berechtigten sich als eine causa communis et individua d. h. als eine solche darstellt, bey welcher alle diejenigen, die gleiches Interesse haben, unter sich in Bezug auf den Gegenstand des Verhältnisses eine durchgreifende Gemeinschaft aller Rechte und Verbindlichkeiten dermassen begründen, daß jeder Einzelne nur in seiner Verbindung mit den Andern berechtigt und verbunden seyn soll. Auf diese Weise kann vielleicht der Titel des Berechtigten selbst seine Gegner zu einer gemeinschaftlichen Mithut legitimiren. Ob aber dieß der Fall sey, ist quaestio facti, nicht juris.

gen Felder, Wiesen, Gärten, Weiden, Gewässer, Holzungen u. s. w. in sich begreift, und nach diesem Inbegriffe besonders begränzt und abgemarkt ist. Die Feldmark eines Dorfes bildet ein bleibendes abgeschlossenes Ganzes; ihre Integrität und Identität ist ganz unabhängig von dem Wechsel im Eigenthum der einzelnen darin begriffenen Grundstücke, und so wie die Gemeinde selbst als moralische Person bey allen Veränderungen in den einzelnen sie bildenden physischen Personen doch immer dieselbe bleibt*), so bleiben auch Gränzen und Bestandtheile der Dorfsmarkung unverändert, mögen auch die einzelnen Grundstücke von Auswärtigen, die nicht zu dieser Dorfgemeinde gehören, erworben oder die Gränzen derselben einzelnen Grundstücke noch so sehr verändert werden. Ein jeder einzelne Eigenthümer kann zwar frey über die ihm eigenthümlichen Grundstücke verfügen, und sie veräußern, an wen er will; allein er ist nicht im

*) Fr. 76. de judiciis: — „et populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret . . .

im Stande, sie aus dem Verbande der Dorfsmarkung loszureißen, zu welcher sie bisher gehörten, und auch der entfernte Besitzer muß sich die rechtlichen Folgen gefallen lassen, welche aus diesem Markungsverbande hervorgehen. Wenn z. B. die Gemeinde, von deren Markung es sich handelt, sehr verschuldet ist, und hier die Beiträge zur Tilgung der gemeinen Schuld nach Verhältniß der einzelnen Grundbesitzungen eingehoben werden, so möchte es für den auswärtigen Eigenthümer von Grundstücken, die zu dieser Markung gehören, sehr wünschenswerth seyn, wenn er dieselben aus diesem Verbande lostrennen und z. B. zu der Markung der benachbarten schuldenfreien Gemeinde schlagen könnte. Allein eine solche Einwirkung auf den Bestand der Dorfsmarkung ist den einzelnen Eigenthümern gänzlich entzogen.

So wie die mehrern Dorfseinwohner zusammen eine moralische Person, eine Personeneinheit — universitas personarum bilden, eben so bilden die mehrern im Bereiche der Markung gelegenen Grundstücke im Verhältnisse

zu der ganzen Gemeinde zusammen eine Sacheneinheit — ein juristisches Ganzes — eine universitas rerum *). Diese Sacheneinheit

*) Die Untersuchung, ob eine Mehrheit von Sachen, welche in irgend einer rechtlichen Beziehung als Einheit erscheint, als universitatis juris oder facti zu bezeichnen sey, hat nun keine Bedeutung mehr, seit Hasse (Archiv für civ. Praxis Bd. V. H. I. Nr. 1.) überzeugend nachgewiesen hat, daß jene ohnehin in den Gesetzen nicht vorkommende Eintheilung entweder unerheblich oder unrichtig sey. Sie ist unerheblich, insoferne man mit univ. facti diejenige Sacheneinheit bezeichnet, bey welcher sich die Zusammenfassung der mehreren Einzelnheiten zu einem Ganzen schon in den Ansichten des gemeinen Lebens findet, und mit univ. juris, bey welcher diese Zusammenfassung erst im Rechtsbegriffe geschieht. — Sie ist unrichtig, insofern man unter universitatis juris eine solche versteht, bey welcher der Gesichtspunkt der Einheit in allen denkbaren rechtlichen Beziehungen, also ganz absolut obwaltet, — indem man nun unter univ. facti diejenigen Fälle begreift, in welchen die mehrern Einzelnheiten nur in einigen rechtlichen Beziehungen also nur relativ als Einheit vorkommen. Hasse hat nämlich gezeigt, daß nicht eine einzige der in den Gesetzen erwähnten universitates eine absolute sey. So kann eine

ist das Attribut jener Personeneinheit, sie ist die räumliche bestimmte Sphäre ihres Lebens, ihrer Thätigkeit. Für die Gemeinde ist ihre

---

Heerde zwar als Ganzes vindicirt und verpfändet, aber nicht als solches besessen und usucapirt werden. Beym peculium begründet nur die Eviction des Ganzen den Anspruch auf Evictionsleistung; aber nicht das Ganze, sondern nur die einzelnen Sachen sind Gegenstand der Vindication. Bey der hereditas geschieht zwar die successio in alle zum Vermögen des Verstorbenen gehörigen Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten durch einen Akt; aber wenn nun derselbe Complex, dieselbe hereditas, vielleicht an demselben Tage vom Erben an einen Dritten verkauft wird, so tritt nur successio singularis ein, d. h. es müssen eben so viele und alle diejenigen Uebertragungs- resp. Erwerbshandlungen vor sich gehen, wie wenn in lauter Einzelnheiten succedirt würde u. s. w. — — Die Ausmerzung der so lange gangbaren Eintheilung wird nicht ohne praktische Folgen bleiben. Indem man z. B. den fraglichen Gegensatz als ausgemacht voraussetzte, so wollte man auch jedem Eintheilungsgliede eigne charakteristische Attribute geben, und verfiel dabey in den leider sehr häufigen und sehr schädlichen Fehler, specielle Vorschriften, die nur für einzelne Fälle gegeben und hier sehr leicht anwendbar sind, als allgemeine Rechtssätze für ei-

Markung gerade das, was für ein ganzes Volk, einen Staat, als juristische Einheiten,

---

ne ganze Gattung von Fällen darzustellen, und so nicht nur verwirrende sondern auch ganz falsche Lehren einzuschwärzen. Ich meine hier vorzüglich den bekannten Lehrsatz: „**pretium succedit in locum rei, et res in locum pretii.**“ — Derselbe ist nach dem deutlichen Inhalte der Gesetze nur zur Bestimmung der Leistungen bey Herausgabe einer Erbschaft (mag dieß nun eine eigentliche **hereditas**, oder **bona possessa**, oder ein vererbtes **peculium**, oder ein Universalfideicommiß u. s. w. seyn. **fr. 20. §. 10. de her. pet.**) und in Bezug auf die eigenthümliche Natur des **peculium**, als eines ausnahmsweise vom väterlichen Vermögen gesonderten Gutes, als specieller Rechtssatz eingeführt. Seine Anwendung auf diese beiden Fälle hat gar keine Schwierigkeit, und zeigt zumal, daß er bey jedem von beiden eine andere Bedeutung hat. So wie man ihn aber als etwas ganz Allgemeines, als ein leitendes Princip, dessen Reich gleichsam unabsehbar ist, hervorhebt, so bekömmt er sofort ein mysteriöses Dunkel, niemand weiß recht, was er daraus machen soll, und wenn man nun, wie es häufig geschehen ist, zu den s. g. **universitates juris** auch noch die dos und andere Sachen — und Rechts-Complexe rechnet, so ergeben sich offenbar falsche gesetzwidrige Resultate.

das Territorium ist, in dessen Gränzen die einzelnen Genossen des Volkes und Glieder des Staates ihre Wohnsitze haben. Auch hier kann die Lostrennung einzelner Bestandtheile durch die Willkür einzelner Eigenthümer nicht geschehen, und im Verhältnisse zu dem Ganzen des Volks — als Personeneinheit — erscheint der Inbegriff aller einzelnen innerhalb der Gränzen des Territoriums liegenden Grundstücke gleichfalls als ein untrennbares, unverletzbares Ganzes. — Jeder von Außen kommende Angriff, mag er auch nur auf ein einzelnes, im Privateigenthume befindliches Stückchen Landes gerichtet seyn, er ruft dennoch, wenn das letztere in der Eigenschaft als Bestandtheil des großen Ganzen angetastet wurde, die Thätigkeit und Einschreitung der großen Personeneinheit, des ganzen Volkes und Staates, auf. Diese, denen das verletzte Gebiet zur bestimmten Sphäre ihres nationellen und politischen Lebens dient, sehen den Eingriff in einen einzelnen dazu gehörigen Bestandtheil, als Verletzung ihrer, des ganzen Volkes und Staates Rechte an, sie überlassen darum die nöthige Vertheidi-

gung und Abwehrung keinesweges dem unmittelbar angegriffenen Einzelnen, sondern treten selbst vor den Schranken der völkerrechtlichen Themis dem Angreifer gegenüber.

Eben so verhält es sich mit der Stellung einer einzelnen Gemeinde, wenn von Außen Einwirkungen entweder auf die ganze Feldmark, als Ganzes, oder zwar nur auf einzelne Bestandtheile des Ganzen, aber in und wegen ihrer Eigenschaft als Bestandtheile des Ganzen versucht oder bethätiget werden. Nicht für den Einzelnen allein droht in solcher Anmaßung eine Rechtskränkung, sondern auch die Gemeinde, als moralische Person, hat eine Verletzung des Rechtes, welches ihr auf die universitas der Dorfmarkung zusteht, zugleich abzuwehren, und sie ist in dieser Hinsicht, bey dem erwachsenden Rechtsstreite sowohl in der Partheyrolle des Klägers als in der des Beklagten zur Sache wohl legitimirt.

§. 5.

Es kömmt nun darauf an, die Natur desjenigen Rechtes näher zu betrachten, welches dem Staate als einer moralischen Person

auf das gesammte vaterländische Gebiet, und eben so der Gemeinde auf die durch ihre Dorfmarkung gebildete universitas zusteht. In Rücksicht des ersteren Falles lehrt z. B. Dresch*):

„zum Eigenthume eines Volkes gehört „alles, was 1) jedem Einzelnen und „2) der Gesammtheit eigen ist. . . . . . Da „angenommen werden muß, ein Volk habe „alles Land bis zu seinen Landesgränzen „in Besitz genommen, so gehört alles zum „Eigenthume eines Volkes, was in sei„nen Landesgränzen liegt."

Allerdings kann man, wenn man hier das Wort und den Begriff von Eigenthum gebrauchen will, nicht das Eigenthum (dominium) der technischen Bedeutung nach im Sinne haben, wie es im Römischen Rechte vorkömmt; nämlich blos in Beziehung auf einzelne körperliche Sachen**). Denn insofern der Gemeinde oder dem Staate ein Recht auf Dorf-

---

*) Naturrecht. Tübingen 1822. S. 347. §. 108.

**) Fr. 56. de R. V. fr. 4. pr. comm. divid. Vgl. Schweppe a. a. O. §. 225.

mark oder Gebiet zustehen soll, so müssen diese als der unkörperliche ideelle Inbegriff mehrerer einzelnen Sachen, als universitates gedacht werden, und da nicht geleugnet werden kann, daß z. B. den einzelnen Gemeindegliedern an den einzelnen in der Feldmark liegenden Grundstücken wahres Eigenthum zustehe, so kann das die Gesammtheit derselben umfassende Recht der Gemeinde nicht auch Eigenthum seyn *). Dieß der Gemeinde auf die Dorfmark, als universitas, zustehende Recht kann ferner seinem Inhalte nach nur darauf gehen:

a) Die Integrität des Markungsverbandes

---

*) So wenig, als man hereditas im subjectiven Sinne, das Erbrecht, juristisch als Eigenthumsrecht an dem gesammten Nachlasse bezeichnen kann. Gleichwohl umfaßt dieß Recht auch diejenigen Sachen, deren Eigenthum sofort an den legatarius speciei testatori propriae übergegangen ist, und wird die ganze Erbschaft von einem Dritten in Anspruch genommen, so ist der besitzende heres auch zur Vertheidigung der Rechte des legatarius legitimirt, weil das Recht des honoratus nur insofern angegriffen ist, als es von dem des oneratus abhängt.

zu erhalten, d. h. die Lostrennung einzelner Theile zu verhindern, sodann

b) solche Verfügungen und Maaßregeln über alle Bestandtheile der Markung zu treffen, welche die Erreichung der Zwecke des Gemeindeverbandes erfordert; insbesondere

c) um die als Ganzes von Außen angegriffene Dorfmark in Gemäßheit der Gemeinheitszwecke zu vertheidigen und zu vertreten.

Das nach diesen Merkmalen bestimmte Recht, kann wohl passend mit dem Namen „Markrecht" bezeichnet werden, so wie man auch das Rechtsverhältniß des Staates zu dem vaterländischen Boden in seinem ganzen Umfange das Gebiets- oder Territorialrecht nennen mag.

Kraft dieses Markrechtes ist die Gemeinde, wie schon oben angedeutet wurde, zur Sache legitimirt, wenn es gilt, Angriffe abzuwehren, welche von Außen gegen die Dorfmark in ihrer Totalität gerichtet werden. — Zu dergleichen Angriffen muß es nun gerechnet werden,

wenn der Besitzer des praedium dominans *) das Weiderecht auf die gesammte Dorfmark in Anspruch nimmt. Ein solcher Anspruch ist nicht gegen die einzelnen im Privateigenthume der Einzelnen befindlichen Landgüter und Grundstücke gerichtet, sondern erfaßt die Totalität aller dieser Einzelnheiten als ein einziges praedium serviens. Die einzelnen Landgüter sollen nicht leiden, weil sie selbst als Individuen belastet sind, sondern weil sie in der belasteten Dorfmarkung liegen. Nicht die Gränzen der einzelnen Grundstücke werden hier bei Ausübung der Servitut beobachtet, sondern nur die Gränzen der ganzen Markung. Nicht besondre gegen die einzelnen Güterbesitzer sprechende Rechtstitel vermag der Berechtigte beyzubringen, sondern schon

*) Es macht dabey keinen Unterschied, wenn auch das praedium dominans selbst in dem Bereiche der fraglichen Dorfmarkung liegt. Denn die rechtliche Behandlung der Sachenmehrheit als universitas wird dadurch nicht aufgehoben, wenn auch ein materiell begränzter Theil, eine pars quanta aus dem Ganzen herausgenommen ist und als Einzelheit einem besondern Rechte folgt. Vgl. Hasse a. a. O. S. 23 ff.

die Begründung seines Rechtes bezeichnet den Gegenstand desselben als einen einzigen, als eine universitas rerum, und als seinen Gegner die Gemeinde.

Diese Ansicht scheint auch in der Praxis der Gerichtshöfe Fuß gefaßt zu haben, indem da täglich Hutprocesse zwischen Gutsherrn und dieser oder jener Gemeinde zugelassen, verhandelt und entschieden werden. Auch wird von praktischen Schriftstellern sehr häufig bey Beurtheilung solcher Fälle als Gegner des Berechtigten eine Gemeinde oder Dorfschaft aufgeführt. Vgl. z. B. Mevius Dec. P. IX. dec. 164. — Kind quaest. for. ed. II. Tom. II. p. 149, 152—3. Zu dieser praktischen Anerkennung der entwickelten Ansicht scheint ein vielleicht unbewußtes Gefühl der Nothwendigkeit entscheidend mitgewirkt zu haben. Denn die Geltendmachung des entgegengesetzten Princips würde zu Resultaten führen, welche die Natur der Sache offenbar verletzen. So müßte z. B., wollte man die einzelnen Güterbesitzer als einzelne servientes betrachten, der zur Klage veranlaßte Berechtigte so viele einzelne ganz gleich-

artige Prozesse erheben, als einzelne Personen Grundstücke in der dienenden Feldmark besitzen *). — Zwar bemerkt Haubold **), daß bey gemeinsamen Rechten, Verbindlichkeiten und überhaupt Interessen aller einzelnen Gemeindeglieder die Gemeinde selbst als Vertreter ihrer einzelnen Glieder zu erscheinen pflege, und in dieser Eigenschaft

---

*) Vgl. Cod. jud. bav. civ. cap. IV. § 9.

**) Vgl. die oben angeführte Abhandlung cap. I. §. 4. Hier kömmt insbesondere mit Beziehung auf bäuerliche Lasten folgende interessante Stelle vor: Ceterum non minus ad jura singulorum pertinent, quae omnibus, nemine excepto, prosunt, quam, quae partem duntaxat universitatis, velut die Hüfner, aut die Cossäten, sequuntur; siquidem, qua ratione quidam ex universitate diversam ab hac personam sustinent, eadem etiam reliqui ab ea discerni et possunt, et vero etiam debent. *Equa juris singulorum communione, haud raro per totam universitatem propagata simul cognoscitur, qui fieri queat, ut quae singulorum reapse sunt jura, eorum exercitium saepenumero transferatur in integram universitatem, quo haec eorum nomine sive agat ipsa, sive conveniatur. Quod, imprimis ne lites ad fastidium usque multiplicentur: usu fori pridem receptum. . . .*

„ne lites ad fastidium usque multipli-
„centur“

in den Gerichten anerkannt werde. Allein die behauptete Vertretung der einzelnen physischen Personen durch die moralische wird überall nur da zuläßig seyn, wo sie durch Gesetz oder Gewohnheit besonders begründet ist, und es wurde bereits gezeigt, daß es sich in den Fällen der bezeichneten Art allerdings von einer wahren Gemeindesache handle.

§. 6.

Diese Betrachtungen führen uns nun zu der Frage, deren Beantwortung die hauptsächliche Aufgabe gegenwärtiger Abhandlung ist, ob nämlich in dem Falle, wenn eine bestehende Weideservitut die ganze Feldmark einer Dorfgemeinde, als Ganzes, erfaßt, die Ausübung der Mithut, des jus compascendi, von Seite der Gemeinde durch Begründung einer Gemeindeschäferey geschehen könne?

Ich will versuchen zu beweisen, daß diese Frage zu bejahen sey. Zufolge der bisherigen Ausführung besteht bey einer auf eine ganze

Dorfmark zustehenden Servitut das praedium serviens nicht in den einzelnen im Privateigenthume befindlichen Landgütern und Grundstücken, so daß es im Grunde so viel besondere Servituten als Grundstücke wären; sondern es ist nur eine Gerechtigkeit, und nur ein praedium serviens, und als dieses gilt die in der gesammten Dorfmark dargestellte universitas rerum. Durch ihr direktes Rechtsverhältniß zu dieser universitas rerum (welches oben Markrecht genannt wurde), ist es nun die universitas personarum, die Gemeinde selbst, welche, indem sie Eingriffe in die Sphäre ihres Markrechtes leiden soll, als die dem *praedium* serviens correspondirende *persona* serviens erscheint. Es ist aber eben die persona serviens, welcher bey Weideservituten das Mithutungsrecht zuerkannt wird.

Zwar kann man dagegen einwenden, das Mithutungsrecht sey nichts Anderes als eine Art des concurrirenden Gebrauches, welchen der Berechtigte dem serviens gestatten müsse; eine solche Concurrenz mit dem dominans könne aber nur der in Anspruch nehmen, welcher ab-

gesehen von der Servitut den vollen unbeschränkten Gebrauch haben würde: — nun wolle man doch gewiß nicht behaupten, daß die Gemeinde, als solche, ohne besondern Grund das volle Hutungsrecht auf alle Felder der einzelnen Gemeindeglieder habe.

Um diesem Einwurfe zu begegnen, könnte man sich vorerst auf mehrere Schriftsteller *) berufen, welche allerdings behaupten, daß jeder Gemeinde, als solcher, ohne besondern Grund das Hutrecht auf alle Felder der einzelnen Gemeindeglieder zustehe; — und, wie noch unten vorkommen wird, möchte diese Ansicht keineswegs als gehaltlose Hypothese oder leeres Paradoxon so obenhin zu verwerfen seyn. Allein man bedarf dieses Argumentes gar nicht.

Allerdings ist das Mithutungsrecht nur der Rest der Weidebefugniß, welche nach Abzug dessen, was der dominans in Anspruch nehmen kann, übrig bleibt; eben so wird einstweilen zugegeben, daß das von Servituten nicht beschränk-

---

*) Mevius decis. pars 1. dec. 28. Vgl. Struben rechtl. Bed. I. 122.

te Weiderecht nicht der Gemeinde, sondern den einzelnen Grundeigenthümern auf ihre einzelnen Felder zustehe. — Aber eben durch das Daseyn einer die ganze Dorfmark umfassenden Weide-servitut wird die Lage der Sache wesentlich verändert. — Unter diesen Umständen kann nämlich die Ausübung der Mithut von Seite der einzelnen Gemeindeglieder gar keinen Vortheil gewähren, sie ist, kann man sagen, wirthschaftlich unmöglich gemacht. Denn einmal würde bey der geringen Anzahl von Schaafen, auf welche der einzelne Güterbesitzer beschränkt wäre, der insbesondere durch Düngergewinn zu erzielende Vortheil nur ganz unerheblich seyn können und sodann würde dieser unerhebliche Vortheil nicht von ferne den Aufwand lohnen, welchen die Wart und Bewachung der kleinen Heerde erforderte. — Wie aber hiernach die Mithut der einzelnen Güterbesitzer wirthschaftlich unmöglich ist, so ist unter Voraussetzung der Servitut auch die Begründung einer Mithutsgesellschaft nach dem, was bereits oben (§. 3.) vorgekommen ist, rechtlich unzuläßig und demzufolge müßte, wenn es keinen andern Ausweg

gäbe,

gäbe, die Mithut ganz unterbleiben. Gleichwohl läßt sich nicht behaupten, daß darin, weil die Servitut die ganze Dorfmark umfaßt, irgend ein rechtlicher Grund liege, aus welchem der Berechtigte jede Mithut ganz ausschließen könnte, sondern das Resultat, daß bey so bewandten Umständen eine Mithut nicht wohl vorkommen kann, ist blos ein zufälliges, faktisches, was ohne die geringste Beeinträchtigung der Gerechtsame des dominans wegfallen kann. Und, wie es durch eine der Gemeinde zukommende Mithut wegfallen könne, soll nun gezeigt werden.

§. 7.

Unbedenklich kann man es als einen der Hauptzwecke des Gemeindeverbandes bey einer Dorfgemeinde angeben, daß die Betreibung und Beförderung der Landwirthschaft innerhalb der Gränze der Markung, wo es noth und nützlich wäre, durch vereinte Mitwirkung geschehe. Davon zeugen insbesondere die fast überall mehr oder minder ausgebildeten Dorfstatuten oder Gewohnheiten, Bauernrechte, Dorf-, Commun-,

Schulzen=, Ackerordnungen u. s. w. *). In dergleichen Dorfrechten sind häufig der Gemeinde in Bezug auf alle einzelnen im Privateigenthume befindlichen Bestandtheile der Markung Verfügungen und Einwirkungen eingeräumt, deren Erfolg aus dem Standpunkte des allgemeinen landwirthschaftlichen Interesse als nothwendig oder doch wünschenswerth erscheinen muß **). Man kann aber weiter gehen und ohne Anstand allgemein behaupten, daß schon nach der Natur der Sache, nach der Idee des Gemeindeverbandes die Gemeinde überall einschreiten dürfe und solle, wo irgend ein landwirthschaftlicher Zweck nicht durch die einzelnen Güterbesitzer, wohl aber durch deren Einheit als moralische Person erreicht werden kann. In solchen Fällen gehen die Befugnisse, welche ursprünglich nur den Einzelnen zustehen, von allen

---

*) Hagemann a. a. O. §. 14.

**) In Kingners angeführten Sammlungen finden sich hiervon, insbesondere in den Abhandlungen über Hut, Trift und Schäferey, sehr viele Beyspiele.

Seiten ipso jure d. h. in Gemäßheit der Gemeinheitszwecke auf die Gemeinde über *), damit sie von dieser zum Heile Aller **) und zur

*) Sollte auch der Einzelne die Mithut für sich auszuüben gesonnen seyn, weil etwa sein Gut groß genug ist, um eine eigne Heerde zu ernähren, so muß er doch hiervon aus Rücksicht der salus publica abstehen, wenn zufolge eines Gemeindebeschlusses die Ausübung der Mithut durch eine Gemeindeschäferey geschehen soll. — Man kann hiergegen nicht einwenden, nur dem Staate, nicht aber einer einzelnen Gemeinde käme das s. g. jus *eminens* zu. Man denke sich nur den Fall, daß der einzige Weg, der die Gemeinde mit den Benachbarten verbindet, durch einen Wassereinbruch weggerissen wurde. Niemand wird zweifeln, daß die Gemeinde von den einzelnen Eigenthümern die Abtretung der Strecken Feldes begehren könne, welche zur Bildung eines neuen Weges erforderlich sind. Gleichwohl handelt es sich hier nicht von einem privatrechtlichen Anspruche auf Einräumung des Nothweges, sondern von einem Eingriff ins Privateigenthum aus Rücksichten des öffentlichen Wohls — zur Einrichtung einer res publica.

**) Wenn nun wirklich die Gemeinde-Mithut im Gange ist, so können die Einzelnen von der Gemeinde sowohl die Vortheile des Pferchens als der Schaafzucht selbst verhältnißmäßig in An-

Blüthe der von Allen betriebenen Landwirthschaft geltend gemacht und bethätiget werden. Von diesem Standpunkte aus habe ich es schon oben als ein Merkmal des der Gemeinde auf die universitas der Feldmark zustehenden Markrechtes angegeben:

„solche Verfügungen und Maßregeln über „alle Bestandtheile der Markung zu treffen, „welche die Erreichung der Zwecke des Ge„meindeverbandes erfordert, insbesondere „um die als Ganzes von Außen angegrif„fene Dorfmark in Gemäßheit der Gemein„heitszwecke zu vertheidigen und zu ver„treten."

Dieß Markrecht nun, so wie es die Gemeinde als Verpflichteten, als persona serviens, als Beklagten dem Berechtigten gegenüberstellt, so begründet es auch für dieselbe die Befugniß, durch Anschaffung einer Gemeinde-Schäferey

---

spruch nehmen. Denn das jus participandi fructus et reditus bonorum universitatis gehört zu den juribus singulorum. Vgl. Haubold l. c. Cap. II. §. 3.

die Mithut zu Gunsten der allerseitigen Landwirthschaft auszuüben.

Der Grund, aus welchem das Gesetz den serviens zu dem Gebrauche, welcher den Inhalt der Servitut ausmacht, concurriren läßt, ist dahier angegeben, weil es hart, ja grausam sey, dem dominans allein den Genuß und Vortheil zuzuwenden, deren vielleicht die Wirthschaft des serviens recht sehr bedürfe *):

„cum sit durum, et crudelitati proxi-
„mum, ex tuis praediis agmen aquae
„ortum, sitientibus agris tuis, ad alio-
„rum usum vicinorum injuria propagari.“

Freylich muß sich der serviens auch zu dieser schmerzlichen und nachtheiligen Entbehrung bequemen, wenn in dem individuellen Falle die Servitut in Gemäßheit ihrer rechtlichen Entstehung so weiten Umfang hat, daß die Concurrenz desselben ausgeschlossen ist. Allein in dem Falle, von dem es sich hier handelt, ist, wie vorausgesetzt wird, die Servitut nicht in so eror-

---

*) Vgl. fr. 13. §. 1. in f. communia praed. C. 6. de serv. et aqua.

bitantem Umfange vorhanden, der Berechtigte kann keinen Titel nachweisen, kraft dessen er befugt wäre, jede Concurrenz des serviens auszuschließen. Es kann demnach der Grundsatz der C. 6. allerdings zur Anwendung kommen. Auch hier würde es als hart und grausam erscheinen, wenn einerseits die in der dienenden Dorfmark gelegenen Felder des befruchtenden Düngers ganz und gar entbehren sollten, welcher durch das Pferchen einer namhaften Schaafheerde gewonnen wird *), und andrerseits der Vortheil des Weidegenusses in der Dorfmark lediglich dem praedium des Berechtigten zu Gute käme. Das Gesetz will dieser Härte und Grausamkeit begegnen: sie soll nicht geduldet werden. Gleichwohl würde sie in unserm Falle

*) Allerdings ist manchmal der Berechtigte verbunden, die dienenden Aecker nach einer gewissen Ordnung zu bepferchen. Aber gewöhnlich bekömmt er dafür eine besondere Abgabe in Geld oder Naturalien, und immer ist dieß ein eignes, neben dem Weiderechte bestehendes Rechtsverhältniß. Klingner insbesondere a. a. O. Th. II. behandelt den Pferch- und Hürdenschlag als ein ganz eignes Rechtsinstitut.

aus den angegebenen äußern Ursachen Platz greifen, die Landwirthschaft aller einzelner Gemeindeglieder würde des bedeutenden Hülfsmittels*), welches eine eigne Schäferey darbeut, gänzlich entbehren, wenn nicht die schon im Allgemeinen als serviens erscheinende Gemeinde befugt wäre, dem dominans auch in Ausübung der Mithut gegenüberzutreten. Diese Ausübung der Mithut durch die Gemeinde ist der einzige Weg, auf welchem sämmtliche der Gemeinde angehörigen Landwirthe die bedeutenden Vortheile einer Schäferey gleichmäßig genießen können: die Gemeinde ist zu allen Einwirkungen auf den innerhalb der Markungsgränzen gelegenen Grund und Boden befugt, welche die Zwecke des Gemeinheitsverbandes erfordern; zu diesen Zwecken gehört es, die Bewirthschaftung der in der Markung gelegenen Ländereyen nöthigenfalls durch vereinte Mitwirkung zu befördern; — dem Al-

*) In der eben allegirten Klingnerischen Abhandlung ist weitläufig ausgeführt, welch großen Vortheil dem Landmann das Pferchen der Felder gewähre, und wie bloß deßwegen das Schäfereyrecht häufig erstrebt werde.

lem zufolge ist die Gemeinde, als juristische Person, sowohl im Verhältnisse zu dem Berechtigten *) als in dem zu den einzelnen Gemeindegliedern allerdings befugt, auf der ganzen Markung die Mithut auszuüben **).

§. 8.

Das eben angegebene Resultat der bisherigen Ausführung mag nun noch durch einige historische Bemerkungen unterstützt werden.

---

*) Im Verhältniß zu dem Berechtigten hat sie (vgl. oben §. 6.) als persona serviens unbedenklich das Mithutungsrecht, sofern man ihr nur überhaupt die Einwirkung auf die einzelnen Güter, welche in der Hut und Trift liegt, zuerkennen kann. Die Befugniß hierzu kömmt ihr aber allerdings, wie gezeigt wurde, in Gemäßheit der Idee und Zwecke des Gemeindeverbandes zu. — Diese Idee, diese Zwecke existirten vor Begründung der Gerechtsame des dominans. Man kann also nicht sagen, daß diese durch eine Neuerung beeinträchtigt würden.

**) Mit diesem Resultate stimmt nun auch überein, was Hagemann a. a. O. §. 313. lehrt: Ist die Berechtigung des Schäfereiherrn in einer Feldmark nicht ausschließlich, alsdann können auch die übrigen Dorfeingesessenen Schaafe halten und auf ihrer Feldflur mitweiden lassen.

So manche Zeugnisse aus dem Leben unserer Altvordern machen es wahrscheinlich, die Bildung unserer heutigen Dorfmarkungen sey wenigstens zum Theile aus dem Umstande hervorgegangen, daß sämmtliche einzelne eine Markung bildende Güter und Grundstücke in frühern Zeiten zusammen nur ein großes Gut ausmachten *), mag dasselbe ursprünglich einem Dynasten oder sonstigen freyen Geschlechte (genealogia), oder sogleich einer Gemeinde angehört haben. Schauen wir in die ältesten Zeiten hinauf, so finden wir dabey, daß es gerade der Weidegenuß war, welcher den Hauptertrag der Allmende des pagus bildete.

Besonders interessant sind einige Stellen aus Caesar de bello gallico. Da heißt es Lib. 4. cap. 1. von den Sueven:

„privati ac separati agri apud eos nihil est . . . . neque multum fru-

*) So sagt z. B. Runde in dem Pr. R. ed. 5. §. 181: „die Allmenden sind Ueberbleibsel aus der deutschen Urverfassung, wie sie vor Einführung des Privateigenthums an Grund und Boden war.“

„mento, sed maximam partem lacte at-
„que pecore vivunt, multumque sunt in
„venationibus.“

und in Lib. VI. cap. 22. von den Germanis überhaupt:

„Agriculturae non student, majorque
„pars victus eorum in lacte, caseo, car-
„ne consistit: neque quisquam agri mo-
„dum certum aut fines habet proprios.“

Damit ist das Zeugniß des Tacitus in seinem Buche de moribus Germaniae cap. 26. zu vergleichen:

„Agri, pro numero cultorum, ab uni-
„versis per vices occupantur, quos mox
„inter se, secundum dignationem, par-
„tiuntur: facilitatem partiendi campo-
„rum spatia praestant.“

Der Zustand der Landwirthschaft, wie er aus diesen ältesten Zeugnissen erkannt wird, wurde nun wohl sobald verändert, als die Stämme feste Sitze behielten, und schon in den Rechtsbüchern der merovingischen Zeit finden wir mannigfache Spuren von Landeigenthum einzelner Geschlechter und den sich darauf beziehenden Ge-

schäften *), und zugleich Angaben, durch welche schon aus jenen Zeiten das Daseyn bestimmter Markungen mit äußerst sorgfältig bezeichneten Gränzen **) erhellt. Indessen mochte der Rück-

*) Bemerkenswerth ist die Stelle: Leg. Alam. Tit. 84.: Si qua contentio orta fuerit inter duas genealogias de termino terrae eorum, et unus dicit: „hic est noster terminus“ alius revadit in alium locum, et dicit „hic est noster terminus,“ ibi praesens sit comes de plebe illa, et ponat signum, ubi iste voluerit, et ubi ille alius voluerit terminum, et girent ipsam contentionem. Postquam girata fuerit, veniant in medium, et praesente comite tollant de ipsa terra, quod Alamanni curffodi dicunt, et ramos de ipsis arboribus infigant in ipsam terram quam tollunt, et illae genealogiae quae contendunt, levent illam terram praesente Comite, et commendent in sua manu: ille involvat in fanone, et ponat sigillum, et commendet fideli manu usque ad statutum placitum. Tunc spondeant inter se pugnam duorum. Quando parati sunt ad pugnam, tunc ponant ipsam terram in medio, et tangant ipsam cum spatis suis, cum quibus pugnare debent, et testificentur Deum creatorem ut cujus sit justitia, ipsius sit et victoria et pugnent. Qualis de ipsis vicerit, *ipse* possideat illam contentionem.

**) Leg. Baj. Tit. 11. cap. 3.

blick auf jenen Urzustand und das damals vorhandene Gesammteigenthum so wie die Erwägung, daß das heutige Privateigenthum der Einzelnen aus einer partitio agrorum ab *universis* occupatorum hervorgegangen, zu manchen rechtlichen Folgerungen Anlaß geben. So haben nun auch manche Schriftsteller behauptet, daß der universitas bey Vertheilung des Gemeindegutes, der Allmende, unter die einzelnen Gemeindeglieder doch immer diejenige Benutzung der vertheilten Ländereyen vorbehalten worden sey, der sie vor der Vertheilung hauptsächlich gewidmet waren, nämlich die Benutzung als Hutplatz, so weit dieselbe nach den Fortschritten des Ackerbans noch zuläßig blieb. Insbesondere macht diese historische Bemerkung der Praktiker Mevius *). Nachdem er nämlich zu zeigen gesucht hat, daß das Recht der Gemeinweide überall, wo die Besitzungen der einzelnen Eigenthümer vermischt durcheinander liegen, schon in der Natur der Sache gegründet sey, weil sonst eine wirthschaftliche Betreibung der Schaafzucht ganz

*) P. I. dec. 28.

unmöglich wäre, — führt er es als weiteren Grund seiner Ansicht an:

„Cui tertio adstipulatur tacita dividen-
„tium voluntas, ex qua praesumitur,
„non aliter divisos voluisse, nisi qua-
„tenus separatus singulorum usus est.
„De caetero communionem utilitatis com-
„munis causa placuisse."

Von ähnlichen Erwägungen ist wohl die Juristenfacultät ausgegangen, deren von Struben *) angeführte Meinung dahingieng, daß sich Gemeinden Schäfereyen zulegen könnten, welche sie vorher niemals gehabt. Diese historische Ansicht findet eine nicht unbedeutende Stütze in der häufigen Erscheinung, daß sich bey solchen Gemeinheiten, in welchen alle einzelnen Güterbesitzer ihr Recht auf ihre Güter von einer Verleihung eines und desselben Guts — oder Grundherrn ableiten, die Weidegerechtigkeit in den Händen des Gutsherrn befindet, so daß es das Ansehen hat, als sey sie bey der Verleihung und Vertheilung der Güter vorbehalten worden.

---

*) Bd. I. 122.

— Ein gleicher Vorbehalt mag nun auch da in dem id quod actum est gelegen gewesen seyn, wo sich das Eigenthum der einzelnen Gemeindeglieder von einer Vertheilung des Gemeindeguts herschreibt.

Wird nun diese Ansicht für begründet gehalten (?), so hat das oben aus dem Verhältnisse der Gemeinde zu ihrer Markung und ihren Gliedern nachgewiesene Mithutungsrecht auch einige (obwohl nicht auf alle Fälle passende) geschichtliche Grundlage.

Zum Schlusse nur noch eine kurze Bemerkung. Vielleicht möchte wohl mancher die Bündigkeit und den praktischen Werth der hier aufgestellten Grundsätze deßwegen in Zweifel ziehen, weil sie weder unmittelbar noch mittelbar aus positiven Gesetzen abgeleitet sind. Allein es ist wohl ganz richtig, wenn Hugo *) bemerkt, daß nicht alle Rechtssätze auf dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der höchsten Gewalt, des Gesetzgebers, beruhen können, sondern

*) Vgl. dessen Lehrb. des Naturrechts ed. IV. §. 153 ff.

daß es außer diesem noch eine Quelle für das positive Recht, so gut wie für die Sprache und die Sitten eines Volkes gebe, eine Quelle, welche im Leben des Volkes selbst reichlich strömt. Schöpferisch begründet, erzieht und bildet das Leben des Volkes volksgemäße Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse, wie sie das Bedürfniß seiner fortschreitenden Entwicklung fordert, ohne daß des Gesetzgebers Speculation oder Sanction einwirkt, und es ist nun Sache der (von den classischen Juristen in dieser Hinsicht so trefflich geübten) Wissenschaft, in dem Leben die Züge und Merkmale dieser volksthümlichen Rechtsbildungen aufzusuchen, und sie sofort in entsprechenden Rechtssätzen zum Behufe der Anwendung treulich wiederzugeben. So habe ich es versucht, das Wesen des volksthümlich ausgebildeten Gemeindeverbandes, der rechtlichen Eigenschaft einer Dorfmarkung als universitas und des Verhältnisses der Gemeinde zu ihrer Markung, wie sich dasselbe im Bewußtseyn und Handeln des Volkes selbst darstellt und ausdrückt, wahrhaft festzustellen, und auf dieser rechtlichen Grundlage die für die gegebne besondere Frage ent-

scheidenden Rechtssätze zu begründen. Darum muß ich mich zum voraus gegen jedes Verdammungsurtheil verwahren, welches keinen andern Entscheidungsgrund als den Mangel s. g. gesetzlicher Belegstellen hat. Wohl aber können wissenschaftliche Angriffe von dem Standpunkte aus gegen mich gerichtet werden, daß ich das Wesen und die Bedeutung der oben bezeichneten Erzeugnisse volksthümlicher Rechtsbildung nicht recht erfaßt, oder unrichtige Folgerungen aus den Vordersätzen gezogen hätte. Sind gründliche erfahrne Rechtsgelehrte nach diesen Rücksichten mit meinem Resultate nicht einverstanden, so kann aus dem Widerspruche für Wissenschaft und Wahrheit nur Gewinn erfolgen; wird dasselbe richtig und rechtsgemäß befunden, so tritt zwar nicht ein, was Gajus *) von den responsis prudentium sagt:

„quorum omnium si in unum sententiae „concurrant, id quod ita sentiunt, legis „vicem obtinet“

vielleicht habe ich aber doch Saamen ausgestreut, welcher, im Felde der Rechtsanwendung aufgehend, und von kundigen Geschäftsmännern gepflegt, zu guten Früchten gedeihen mag.

*) Commentar. I. §. 7.

II. Vom

II.

Vom Zahlungstermin in Bezug auf den Executivprozeß.

II.

Vom Zahlungstermin in Bezug auf den Executivprozeß.

§. 1.

Es ist streitig, ob auf eine Urkunde, in welcher sich keine Bestimmung über den Zahlungstermin findet, der Executivprozeß begründet werden könne? Aus den verschiedenen Ansichten, die über diese Streitfrage obwalten, sind insbesondere in den vaterländischen Gerichtshöfen ganz entgegengesetzte Urtheile hervorgegangen, und haben mich zu gegenwärtiger Abhandlung veranlaßt.

Unsere Frage zu bejahen scheinen Kind *) in den Worten:

*) Quaestiones forenses. ed. II. Tom. I. c. 51.

„Ad substantialia processus executivi „requiritur instrumentum, ex quo de „obligatione praestandae rei petitae in „continenti constat. Itaque hoc pro- „missionem obligatoriam ita continere „oportet, ut exinde illico pateat, quid, „quale, quantum, cui et a quo „debeatur: quod instrumentum vulgo „vocant guarentigiatum."

Berger *), welcher als guarantigirt dasjenige Document anerkennt:

„ex quo; quid, quale quantumque, „cui, a quo, et ex qua causa de- „beatur? — in continenti liqueat."

Bauer **), welcher sagt:

„Instrumentum, quod in continenti, „quid, quale, quantum, cui et a „quo debeatur, docet, guarentigiatum „appellari videas."

Diese drey Schriftsteller stimmen darin überein, daß sie unter den Erfordernissen einer

---

*) Oeconomia Juris. ed. VI. p. 69.

**) Opusculorum Academicorum Tom. I. p. 447.

zum Executivprozesse tauglichen Urkunde die darin vorkommende besondre Bestimmung des Zahlungstermines nicht aufführen.

Andre hingegen verneinen die oben aufgestellte Frage; so Bülow und Hagemann *):

„Wenn eine Handschrift, eine Schuldver„schreibung pro instrumento guarantigio„nato geachtet, und daraus der Executiv„prozeß angestellt werden soll: so ist nicht „genug, daß daraus erhellet, quis debeat, „cui et ex qua caussa debeatur, sondern „es muß daraus erhellen, quantum et „quo tempore debeatur."

Ganz bestimmt äussert sich Danz **):

„Auf eine Urkunde, in welcher der Termin „der zu leistenden Zahlung nicht angegeben „ist, kann der Executivprozeß nicht gegrün„det werden."

und Süptitz ***):

*) Praktische Erörterungen Bd. II. S. 333.

**) Grundsätze der summarischen Prozesse §. 32.

***) Lehrbuch der summarischen Prozesse. §. 41. not. 4.

„Aus dem Documente muß die Größe
„der Schuld, und die Zeit, wo sie
„fällig ist, erhellen."

Dunkel und schwankend drückt sich Kori *) aus:

„Ist der Zahlungstag in der Urkunde gar
„nicht erwähnt, so kann der Gläubiger
„nichts destoweniger zu jeder Zeit aufkün-
„digen oder Klage anstellen, und der
„Schuldner wird durch die ihm eingehän-
„digte Aufkündigung oder Ladung in Ver-
„zug versetzt, nur muß erstere beurkundet
„werden."

§. 2.

Die Verhandlung einer Sache im Executivprozesse wird durch die Liquidität eines über den klagbar verfolgten Anspruch sogleich beygebrachten Urkunden-Beweises begründet **). Der

---

*) Ueber den Executivprozeß und die Wiederklage. §. 14.

**) Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchcollegii der Universität Heidelberg. Herausgegeben von Martin. S. 344.

Kläger, welcher die Verhandlungen in dieser Prozeßart wünscht, muß daher in seiner Klagschrift alle Thatsachen, die zur Begründung seines Anspruchs erforderlich sind, nicht nur anführen, sondern darüber zugleich einen Urkundenbeweis antreten. Die Frage, was dieser Urkundenbeweis umfassen müsse, ist offenbar dahin zu beantworten: alles Dasjenige, was erfordert wird, damit der Kläger seinen erhobenen Anspruch überhaupt klagbar verfolgen könne. Aus den durch die Urkunde bewahrheiteten Thatsachen muß daher durch richterliche Subsumtion nicht nur hervorgehen, daß das behauptete Recht entstanden sey (diem cessisse), sondern auch, daß es geltend gemacht werden könne (diem venisse) *).

In Ermanglung besondrer Gründe für das Gegentheil fallen aber die Entstehung des Rechts und die Zeit der Geltendmachung zusammen. Dies ist deutlich ausgesprochen in folgenden Gesetzen:

---

*) Fr. 213. pr. de V. S. Schweppes Römisches Privatrecht. 2. Aufl. §. 151.

1) Fr. 14. de R. I. „In omnibus obli-„gationibus, in quibus dies non ponitur, „praesenti die debetur.“

2) Fr. 41. §. 1. de V. O. „Quoties au-„tem in obligationibus dies non ponitur, „praesenti die pecunia debetur; nisi locus „adjectus spatium temporis inducat, quo illo „possit perveniri. Verum dies adjectus effi-„cit, ne praesenti die pecunia debeatur.“

3) Fr. 213. pr. de V. S. „Cedere „diem significat, incipere deberi pecuniam: „venire diem significat, eum diem venis-„se, quo pecunia peti possit. Ubi pure „quis stipulatus fuerit, et cessit et „venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed „nondum venit; ubi sub conditione, neque „cessit, neque venit dies, pendente adhuc „conditione *).“

Ist bey Enstehung einer Obligation über die Zeit der Erfüllung nichts Besonderes bestimmt, und eben so wenig eine Bedingung beygefügt worden, so kann sie ohne Verzug geltend gemacht

*) Vgl. fr. 9. pr. de R. C.

und gerichtlich verfolgt werden. Der Executiv-kläger braucht also nur urkundlich nachzuweisen, stipulationem puram fuisse; denn eben hierdurch hat er auch ausser Zweifel gesetzt, daß er seinen Anspruch itzt schon verfolgen könne.

§. 3.

Aber das ist eben in Frage, ob, wenn in der Urkunde von einer Bedingung oder einem dies nichts vorkömmt, dadurch schon hergestellt sey, stipulationem puram fuisse?

In einem geführten Bejahungsbeweis ist ein daneben zu führender Verneinungsbeweis indirekte enthalten, wenn das Faktum, dessen Seyn bewiesen ist, und dasjenige, dessen Nichtseyn bewiesen werden soll, sich gegenseitig ausschließen *). Wenn ich nachweise, daß eine Willenshandlung, z. B. ein Vertrag gerade so eingegangen worden, so beweise ich dadurch zugleich, daß nichts Anders dabey vorgekommen sey: denn jede Willenshandlung, jeder Vertrag können nur

*) Vorst über die Beweislast im Civilprozesse. S. 38.

einen bestimmten Inhalt haben: die Thatsache dieses einen bestimmten Inhalts schließt jede andre mögliche Vertragsbestimmung aus *). Muß ich nun als gewiß annehmen, daß gerade dies oder jenes geschehen oder verabredet worden sey, so ist es für mich auch ausgemacht, daß hier nichts Anderes und Weiteres geschah oder verabredet wurde. Wenn z. B. der mit der actio venditi Klagende dargethan hat: „der Beklagte habe ihm 20 Zentner Hopfen, den Zentner zu 50 fl. abgekauft" — so ist zugleich auch nachgewiesen, daß das Geschäft nicht gerade Spalter oder Böhmischen Hopfen zum Gegenstand gehabt habe: denn die erwiesene Thatsache, daß über Hopfen schlechthin (ohne besondre Bezeichnung der Sorte) contrahiret ward, schließt die

*) Freilich kann später eine Abänderung verabredet worden seyn. Aber das Nichtseyn der spätern Abänderung gehört nicht zum Grund der Klage aus einem bestimmten Geschäfte, sondern das Seyn einer solchen Abänderung bildet für den Beklagten den Grund der exceptio pacti conventi oder doli generalis, wovon im Pandektentitel: „de pactis" sehr viele Beyspiele vorkommen.

Vertragsbestimmung, daß Spalter oder Böhmischer Hopfen geliefert werden solle, geradezu aus.

Ebenso ist das Nichtseyn der Bedingtheit oder Vertagung eines Rechtsverhältnisses gehörig nachgewiesen, wenn die Entstehungshandlung dieses Rechtsverhältnisses dargethan ist, und dabey von einer Bedingung oder einem dies nichts vorkömmt. Denn die stipulatio pura und die stipulatio sub die vel conditione schließen sich gegenseitig aus, und sind demnach solche Thatsachen nachgewiesen, nach welchen die in Frage stehende Willenshandlung den Inhalt einer stipulatio pura hatte, so ist auch der Verneinungsbeweis, daß sie den Inhalt einer stipulatio sub die vel conditione nicht hatte, zugleich mitgestellt.

Die Frage, ob, wenn in der Urkunde von einer Bedingung oder einem dies nichts vorkömmt, dadurch schon hergestellt sey, stipulationem puram fuisse? — ist also bejahend zu beantworten, und folglich kann auf eine solche Urkunde, wenn sie nur sonst die Erfordernisse einer gua-

rantigiirten hat, der Executivprozeß allerdings begründet werden *).

§. 4.

Wie kömmt es aber, daß ungeachtet so sprechender Gründe, so deutlicher Gesetze für das Gegentheil, viele Rechtsgelehrten die Bestimmung des Zahlungstermines in der Urkunde oder die Bescheinigung der vorhergegangenen Aufkündi-

---

*) Daß der Executivprozeß auch bey Klagen aus einem Bilateralcontrakte statt finde, wird heutzutage wohl nicht mehr bezweifelt; nur muß der Kläger zugleich urkundlich nachweisen, daß er seinerseits erfüllt habe. Pufendorf observ. Tom. III. obs. 210., von Bülows und Hagemanns praktische Erörterungen Bd. III. Nr. 26. not. 2. Glück im Commentar Bd. 17. S. 238—9. Aber eben in der Nachweisung der seinerseits geschehenen Erfüllung ist hier die Nachweisung des „diem venisse" enthalten. Fr. 11. §. 2. fr. 13. §. 8. fr. 25. de A. E. V. — Ja selbst dann scheint dem von dem Käufer anzustellenden Executivprozesse Nichts im Wege zu stehen, wenn er urkundlich nachweißt, daß ihm der Verkäufer auf eine gewisse Zeit Credit gegeben habe.

gung als nothwendiges Erforderniß zur Begründung des Executivprozesses ansehen?

Dies läßt sich wohl zum Theil aus einer Verwechslung des Zeitpunktes, da der Gläubiger seine Forderung geltend machen kann, und desjenigen, da der Verzug des Schuldners beginnt, erklären. Um einen Anspruch gerichtlich verfolgen zu können, wird erfodert, daß der Schuldner itzt schon zur Erfüllung verbunden ist (diem venisse); keineswegs muß aber ein Verzug des Schuldners vorhanden seyn. Diese beyden Momente, die Möglichkeit der Geltendmachung von Seite des Gläubigers und die Entstehung des Verzugs von Seite des Schuldners sind wohl von einander zu unterscheiden. Allerdings kann ein Verzug des Schuldners nicht eher beginnen, als bis der Geltendmachung des Rechtes von Seite des Gläubigers nichts mehr im Wege steht. Aber die rechtliche Möglichkeit, itzt schon die Erfüllung der Obligation vom Schuldner zu fordern, versetzt diesen noch nicht in Verzug. Hierzu genügt nicht die *Möglichkeit* des Forderns, sondern es gehört dazu eine *wirkliche* Anforderung, Anmahnung, Auf-

kündigung *), welche auf eine in Rücksicht des Orts und der Zeit unverwerfliche Weise geschieht. Die Stelle des nachfolgenden facti der Interpellation vertritt die zum voraus, bey Begründung der Obligation, geschehene Bestimmung des Zahlungstages, indem es von diesem Falle heißt: „dies interpellat pro homine **).“

Aber selbst die geschehene Interpellation, oder der Eintritt des vorher bestimmten Zah-

---

*) Fr. 32. pr. de usuris: „Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona: id est, si interpellatus opportuno loco, non solverit: quod apud judicem examinabitur. Nam (ut et Pomponius libro duodecimo Epistolarum scripsit) difficilius est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse; cum sit magis facti quam juris. Vgl. fr. 36. §. 3. de legatis I. Fr. 23. de V. O. Schweppe a. a. O. §. 387.

**) Fr. 23. de oblig. et act. C. 12. de contr. stip. In diesem Falle treffen die Möglichkeit der Geltendmachung und der Eintritt des Verzugs zufällig zusammen: — und dies zufällige Zusammentreffen mag die nächste Gelegenheit zur gänzlichen Verwechslung dargeboten haben.

lungstermines begründen nicht **immer** den Verzug. Denn verzögert der Schuldner die Zahlung aus rechtmäßigen Gründen, so entsteht keine mora *).

Die Befugniß ein entstandenes Recht zu verfolgen, ist durch den Verzug des Schuldners nicht bedingt; ihr Gegenstand wird aber durch die Folgen des Verzuges gesichert und erweitert.

Wäre aber der Verzug des Schuldners wirklich eine Vorbedingung des Rechts, zu klagen, dann könnte allerdings der Executivprozeß nur insofern statt finden, als entweder in der Urkunde selbst ein Zahlungstermin vorgesteckt, und zur Zeit der Klagstellung abgelaufen, oder zugleich eine Bescheinigung über die früher geschehene Aufkündigung beygebracht ist. — Allein, so wenig man im ordentlichen Prozesse die Anführung eines abgelaufenen Zahlungstermins oder der geschehenen Aufkündigung als wesent-

---

*) Fr. 21. de usuris: „sciendum est, non omne, „quod differendi causa optima ratione fit, mo- „rae adnumerandum etc.“

liches Erforderniß des Libells behaupten kann, eben so wenig im Executivprozesse die Beurkundung dieser Momente. Das „diem venisse“ und das „moram factam esse“ sind ganz verschiedene Dinge. Scheidet man sie aber nicht, verwechselt man sie miteinander, so muß man allerdings eine Urkunde, in welcher über den Zahlungstermin nichts vorkömmt, in Beziehung auf die Begründung des Executivprozesses für mangelhaft halten.

§. 5.

Ein anderes Motiv dieser irrigen Ansicht kann in einer Verwechslung der Grundsätze des Executionsverfahrens mit denen des Executivprozesses gefunden werden.

Ist die Liquidität eines Anspruchs gleich vollkommen ausser Zweifel gesetzt, und sogar rechtskräftig ausgesprochen, so kann doch im Entstehungsfalle sofortiger Zahlung nicht sogleich zur Hülfsvollstreckung geschritten werden; sondern, bevor die Letztere eintritt, muß dem Schuldner noch eine billige Frist, (modicum tempus) den

Gläu-

Gläubiger klaglos zu stellen, gestattet worden, und nun abgelaufen seyn *).

Diese letzte vor der Hülfsvollstreckung zu ertheilende Frist verwechselt man nun mit dem Zahlungstermin, der gekommen seyn muß, ehe man einen Anspruch gerichtlich verfolgen kann. Eine gleiche Frist, wie sie nach dem Ende eines Rechtsstreits der Vollziehung eines gefällten und rechtskräftig gewordenen Urtheils vorhergehen soll, will man vor dem Beginne der gerichtlichen Verfolgung eines behaupteten Rechts eingehalten wissen. So wie vor der Hülfsvollstreckung der verurtheilte Beklagte, so soll der künftige Beklagte vor Anstellung der Klage zur Zahlung binnen gewisser Frist aufgefodert worden seyn. Man fordert insbesondre die Nachweisung des präjudiciellen Ablaufs einer solchen Frist bey Erhebung der Klage in einer Prozeßart, die durch ihre Benennung (Executivprozeß) an die Execu-

*) Fr. 21. §. 12. de receptis fr. 21. §. 1. de constituta pecunia. §. 2. de offic. jud. fr. 7. 31. de re judicata. C. 2. 3. §. 1. de usuris rei judicatae c. 15. X. de sent. et re judicata.

tionsinstanz erinnert, und durch ihr schleuniges Verfahren diese früher herbeyführt.

Aber wer nur flüchtig erwägt, welche ungeheure Kluft zwischen der Möglichkeit, eine Klage anhängig zu machen, und der Reifheit der Sache zur Hülfsvollstreckung liegt, welch ein Unterschied zwischen einem klagbaren und einem rechtskräftig anerkannten Rechte obwalte, auf wie hundertfältige Weise derjenige, dem die Nativität seiner Klage nicht zu bestreiten ist, den Prozeß verlieren könne: — der wird kaum begreifen, wie man diese entgegengesetzten Stadien der Rechtsverfolgung mit einander verwechseln, und die Erhebung der Klage unter die Bedingungen der Hüfsvollstreckung stellen könne.

Aber auch das ist noch zu erinnern, daß diejenigen, welche von solchen Ansichten ausgehen, wenn sie consequent bleiben wollen, auch dann den Executivprozeß nicht zugeben dürfen, wenn auch in der Urkunde der Zahlungstermin besonders bestimmt und nun abgelaufen ist. Denn auch da, wo es ausser Zweifel ist, daß der Schuldner schon heute zur Erfüllung verbunden sey, kann die Hülfsvollstreckung erst nach dem Ablaufe ei-

ner neuerdings vorgestreckten Frist eintreten; der Executivprozeß könnte demgemäß auch in diesen Fällen nur in sofern Platz greifen, als der Kläger nachweist, daß seiner Klage eine Aufkündigung vorhergegangen, und von dieser ein **modicum tempus** verlaufen sey.

§. 6.

Nach Erledigung der Hauptaufgabe dieser Erörterung sey es mir vergönnt, noch einige Bemerkungen über die Fälle, wo in der Urkunde eine Aufkündigung verabredet, oder ein Zahlungstermin in unbestimmten Ausdrücken festgestellt wurde, hinzuzufügen.

Ist in der Urkunde eine Zeit bestimmt, welche von der Aufkündigung an bis zum Eintritt der Zahlungsverbindlichkeit verlaufen soll, so muß der Executivkläger gleichfalls urkundlich darthun, daß und wann die Aufkündigung geschehen sey, und nur in sofern kann der Richter dem Executivprozesse itzt schon statt geben, als er aus dieser Nachweisung ersieht, daß die festgesetzte Zeit von der Aufkündigung verlaufen sey.

Irrig behauptet Kori *), der Kläger könne, statt die Aufkündigung urkundlich nachzuweisen, in dem Klagschreiben den Richter ersuchen, daß er dem Schuldner in der Ladung zu dem auf den Fall der Nichtzahlung anberaumten Termin so viel Frist gebe, als die Aufkündigungszeit beträgt. — Vielmehr kann itzt von irgend einer Ladung, von Instruction der Sache in irgend einer Prozeßart noch gar nicht die Rede seyn. Denn erst mit dem Ablauf der Aufkündigungszeit wird die actio nata **); itzt erst kann von Erhebung der Klage, also auch von einer Ladung zur Vernehmlassung oder zur Erklärung über die producirte Urkunde die Rede seyn. Die Verfügung des Richters auf die Bitte um gericht-

---

*) A. a. O. §. 14. Nr. 4.

**) Erst nach dem Ablauf der Aufkündigungszeit kann man sagen: „dies venit, peti potest pecunia" und mit diesen Ausdrücken hat der: „actio nota est" gleiche Bedeutung. Die Gesetze unterscheiden mit denselben die Zeit der Geltendmachung von der Zeit der Entstehung des Rechtes. Einen andern Unterschied im Daseyn der Rechte kennen sie nicht. Vgl. fr. 213. pr. de V. S. mit fr. 98. §. 1. de V. O.

liche Aufkündigung ist ein Act der freywilligen Gerichtsbarkeit; eine Ladung zur Vernehmlassung, eine Terminsbestimmung zur Erklärung über die vorgelegte Urkunde, ein bedingter Zahlungsbefehl kann nur eventuell damit verbunden, und erst von dem Ablauf der Aufkündigungszeit an wirksam werden.

Dieselben Grundsätze müssen die Entscheidung leiten, wenn es in der Urkunde überhaupt heißt: „nach vorgängiger Aufkündigung." Hier muß die nähere Bestimmung der Zeit, welche von der Aufkündigung an laufen soll, durch ein arbitrium boni viri nachgeholt werden. An und für sich ist die Urkunde zur Begründung des Executivprozesses nicht geeignet. Aber der Gläubiger kann den Richter zuvor um Ankündigung und Feststellung einer billigen Frist bitten, und, wenn dies geschehen ist, nach Ablauf der letzteren seine Executivklage anbringen, oder sie auf diesen Fall mit dem Gesuche um Aufkündigung eventuell verbinden.

Ein gleiches arbitrium muß auf dieselbe Weise vorhergehen, wenn der Zahlungstag in

der Urkunde mit den unbestimmten Worten: „ehestens, in Kurzem“ ausgedrückt ist *).

§. 7.

Den Executivprozeß für ganz unzulässig halte ich, wenn der Schuldner in der Urkunde verspricht, seine Schuld „so bald als möglich, so wie es seine Umstände zuließen, nach Gelegenheit“ zurückzuzahlen. Denn hier kann das richterliche Ermessen, ob die Möglichkeit, die Umstände, die Gelegenheit itzt schon vorhanden seyen, nur auf eine ausführlichere Untersuchung fußen, und in Urkunden kann darüber wohl die Basis zu einem Beweis durch Schlußfolgerungen **), nie aber ein voll-

---

*) Kori a. a. O. Wernher observ. for. Tom. III. P. IV. obs. 93. Glück im Commentar. B. 12. S. 94—5.

**) Wenn der Kläger nachweißt, daß dem Beklagten eine bedeutende Erbschaft zugefallen sey, daß er eine große Schenkung erhalten oder sonst einen erheblichen Gewinn gemacht habe, so sind diese Fakta doch nicht identisch mit dem zu beweisenden Faktum, „daß es dem Beklagten möglich, gelegen, bequem sey u. dgl.,“ son-

ständiger Beweis selbst geliefert werden. — Freylich sind die Meinungen darüber getheilt, ob es in solchen Fällen zum Klagegrunde des Gläubigers gehöre, daß es dem Schuldner itzt möglich sey, daß es seine gegenwärtigen Umstände zulassen, daß er gerade Gelegenheit habe, seine Schuld abzutragen; — oder ob diese Momente nicht vielmehr blos in der Executionsinstanz zur Sprache kämen, und hier ein nachsichtigeres billigeres Verfahren gegen den Schuldner motivirten. Aber diese letztere Ansicht gehört zu den Irrthümern, die zwar in der Praxis allgemein, aber hierdurch nicht zur Wahrheit werden können. Sie ist dem Buchstaben und dem Geiste der Gesetze geradezu entgegen. In fr. 125. de V. S. heißt es:

---

dern der Richter muß erst durch eigene innere rationelle Wahrnehmung nach allgemeinen logischen Schlußregeln aus den erwiesenen Thatsachen das Seyn des zu beweisenden Faktum schließen. Die auf diese Weise entstehende praesumtio hominis kann aber fast niemals für sich eine volle juristische Ueberzeugung produciren. S. Gensler im Archive für die civ. Praxis. Bd. I. S. 35—7.

„Nepos Proculo suo salutem: ab eo, „qui ita dotem promisit: cum commo- „dum erit, dotis filiae meae ti- „bi erunt aurei centum, putasne, „protinus nuptiis factis dotem peti pos- „se? quid, si ita promisisset, cum po- „tuero, doti erunt? quod si aliquam „vim habeat posterior obligatio, pos- „sit verbum quomodo interpretaris? „utrum aere alieno deducto, an extan- „te: Proculus: cum dotem quis ita pro- „misit, cum potuero, doti tibi „erunt centum: existimo, ad id, „quod actum est, interpretationem re- „digendam esse? nam qui ambigue lo- „quitur, id loquitur, quod ex his, quae „significantur, sensit: propius est ta- „men, ut hoc eum sensisse existimem, „deducto aere alieno potero: potest „etiam illa accipi significatio, cum salva „dignitate potero: quae interpretatio eo „magis accipienda est, si ita promissum „est, cum commodum erit, hoc est, „cum sine incommodo potero.“

In diesem Fragmente stellt Proculus den Grundsatz auf, man müsse bey dergleichen Versprechen auf das id quod actum est sehen. Aber indem er untersucht, unter welchen Umständen man nach dem id quod actum est das posse, das commodum esse von Seite des Promittenten annehmen könne, setzt er voraus, daß der Promissar nicht eher klagen könne, als bis das posse, das commodum esse von Seite des Promittenten vorhanden sey. Von den Bedingungen des peti posse, nicht von denen des judicatum exequi *) ist die Rede. Was zur vis obligationis gehöre? wird gefragt **), nicht, was in solchen Fällen der actio judicati entgegen gesetzt werden könne?

Wenn nun das posse, das commodum esse von Seite des Promittenten zur Reife des Klagerechts des Promissars erfodert wird, so ist auch ausgemacht, daß Letzterer, wenn er seinen

*) Ueber diesen Ausdruck vgl. fr. 15. §. ult. de re judicata fr. 75. §. ult. de judiciis.

**) Ueber Vis obligationis vgl. fr. 27. de O. et A. —

Anspruch durchsetzen will, dies Erfoderniß beweisen müsse. Freylich wird dieser Beweis auch negative Verhältnisse (reum sine incommodo posse) umfassen müssen, aber darin liegt kein Grund, die Beweislast zu verändern *).

Dies Resultat ist auch der allgemeinen Natur solcher Vertragsbestimmungen ganz gemäß. Die Erklärung „der Schuldner solle nach Gelegenheit, wenn es ihm bequem, wenn es ihm möglich sey, zahlen" enthält offenbar die Bestimmung eines Zahlungstermines. Dieser Termin ist auf eine Thatsache gestellt, von der es ungewiß ist, ob und wann sie eintreten werde. Eine solche Zeitbestimmung ist zwar hier nicht als Bedingung zu behandeln **), weil sie nicht in der Absicht, das Recht selbst, sondern nur die Erfüllung zu verschieben, hinzugefügt wurde, und über das Daseyn der Bedingung der Wille der Disponenten entscheidet ***); aber sie kann doch keinen andern

---

*) Gensler im Archiv für civil. Praxis. Bd. I. S. 271.

**) Fr. 16 — 18. fr. 56. de condict. indeb. Schweppe a. a. O. §. 120.

***) Fr. 19. de cond. et dem. Averanius Inter-

Sinn haben, als daß der Gläubiger das Geschuldete zu fodern nicht eher befugt seyn soll, als bis die Umstände eintreten, auf deren Eintritt der Termin gestellt ist. Der Eintritt dieser Umstände ist also eine Vorbedingung seines Klagerechts, deren Daseyn er beweisen muß *).

Diese Ansichten werden noch durch einige Interpretationsregeln bestärkt. Einmal ist es Grundsatz, daß im Zweifel über die Auslegung einer Aeußerung die gegen den Eintritt der Verbindlichkeit entscheidende gewählt werde **). Dies ist verordnet in fr. 99. pr. de V. O. wo Celsus sagt: „Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, „omissum intelligendum est: ac fere secun-

pret. Juris Lib. II. Cap. 16. n. 9. Sehr treffend äussert sich hierüber Thibaut im Pandektenrechte §. 127: „Ist über die Zeit der Erfüllung etwas bestimmt, so kömmt natürlich „Alles darauf an, wie dieß geschehen ist."

*) Derselben Meinung sind: Quistorp rechtliche Bemerkungen. 2. Thl. Bem. 43. Glück im Commentar B. 12. S. 95.

**) Schweppe a. a. O. §. 124.

„dum promissorem interpretamur: quia sti-
„pulatori liberum fuit, verba late conci-
„pere *).“

Könnte man wirklich noch darüber in Zweifel seyn, in welchem Sinne man die oben erwähnten unbestimmten Bezeichnungen des Zahlungstermines nehmen solle, so würde er durch diese Regel für die Auslegung gehoben. Mag gleichwohl der Gläubiger, indem er ein in Rücksicht der Erfüllungszeit so unbestimmtes Versprechen annahm, nicht der Meinung gewesen seyn, seinem Klagerechte so bedeutsame Hindernisse in den Weg zu legen; — er hat solches (quod adstringendae obligationis est) nicht ausdrücklich erwähnt, und wir müssen nun die Folgen des Geschäftes lediglich nach den Aeußerungen des Promittenten bestimmen.

Zu demselben Resultate führt offenbar die Verordnung des fr. 66. de judiciis: „Siquis in-
„tentione ambigua vel oratione usus sit, id,
„quod utilius ei, accipiendum est.“

---

*) Vgl. fr. 47. in med. de oblig. et act.

§. 8.

Mit den Resultaten dieser Abhandlung sind die Bestimmungen der vaterläudischen Gerichtsordnung (Codex Juris Bavarici Judiciarii), und die Aeußerungen ihres halbofficiellen Commentators, Kreittmayr, durchaus im Einklange.

Von dem Executivprozesse spricht die Gerichtsordnung im dritten Kapitel §. 3, wo es 5) also heißt:

„Kann zwar in verbrieften und liquiden „Schuldforderungen, woraus sowohl „das quantum, als das quale, „nebst der Person des Schuld„ners und Gläubigers genügend „erscheint, die Klage communicirt „werden, man soll aber auch allezeit zu„gleich eine Commission ad producen„dum originale anberaumen, und wenn „hierbey das Instrument weder diffitirt, „noch durch andere rechtserhebliche und in „contenti liquidirliche Einwendungen abge„lehnt werden kann, ohne weiters zur Exe„cution schreiten, und alles übrige, was „altioris indaginis est, gleichwohl prae-

„stita cautione ad separatum proces-
„sum verweisen.“

Auch unsere vaterländische Prozeßgesetzgebung fodert demgemäß nicht, daß in der Schuldurkunde eine besondere Bestimmung des Zahlungstermines enthalten sey oder sonst urkundlich nachgewiesen werde. Ueber den Gegenstand der in den §§. 6 und 7 enthaltenen Untersuchungen giebt sie keine nähere Vorschrift. Wohl aber bemerkt Kreittmayr in seinen Anmerkungen zu der angeführten Stelle, daß der Executivprozeß nicht stattfinde, wenn die Bezahlung mit der Clausel, „sobald es möglich“ versprochen worden.

III.

Von der Verjährbarkeit der Einreden.

III.

Von der Verjährbarkeit der Einreden *).

Es ist eine Streitfrage, ob die Regel, daß die Einreden durch Verjährung nicht verloren gehen, nicht eine Ausnahme in Hinsicht derjenigen Einreden erleide, deren begründendes Factum auch zum Grunde einer Klage dienlich gewesen wäre.

Eine solche Ausnahme, wenn sie überhaupt begründet ist, findet doch jedenfalls nur da statt, wo derjenige, gegen welchen die Verjährung wirken soll, während des Laufs derselben in einer Lage war, daß er eben sowohl klagen, als belangt werden konnte; daher die dinglichen Rechtsmittel, bey denen die Partheirolle durch

*) Die hier ausgeführte Ansicht über die Lösung der bekannten Controverse wurde mir von meinem Bruder, Dr. G. E. Seuffert, mitgetheilt.

den Besitz (a non possidente contra possidentem) bestimmt wird, außer der Sphäre unserer Frage liegen. Bey Obligationen hingegen kann sie nicht selten von Wichtigkeit seyn, z. B. bey der exceptio compensationis, und eine besondere Bedeutung hat sie für die Fälle der restitutio in integrum, indem es sich hier davon handelt, ob die kurze Verjährung der Klage auch auf die entsprechende exceptio restitutionis zu beziehen sey?

Für die Bejahung dieser Frage sprechen fr. 9. §. 4. de jurejurando *) und fr. 30. §. 6. de peculio **). Allein im Widerstreite damit

---

*) Ulpianus: Si minor 25 annis detulerit, et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut Pomponius ait. Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere, an captus sit et sic in integrum restituere: nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit. *Praeterea exceptio ista sive cognitio, statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi.*“

**) Ulpianus: „In dolo objiciendo temporis ratio habetur: fortassis enim post tempus de do-

scheint fr. 5. §. 6. de doli mali et metus exceptione zu stehen, wo Paulus sagt: „Non „sicut de dolo actio, ita etiam exceptio eo„dem tempore danda est: nam haec perpe„tuo competit: cum actor quidem in sua po„testate habeat, quando utatur suo jure: is „autem, cum quo agitur, non habeat pote„statem, quando conveniatur" *). — Wie dieses Fragment, so spricht auch fr. 30. §. 6. de peculio von Verjährung der Rechtshülfe, welche der Prätor wegen dolus ertheilt, allein in anderem Sinne: „post tempus de dolo actionis, „non patietur dolum malum objici Praetor." — Diesen scheinbaren Widerstreit sucht man gewöhnlich **) dadurch zu beseitigen, daß man das

---

lo actionis, non patietur dolum malum objici Praetor: quoniam nec de dolo actio post statutum tempus datur."

*) Const. 5. de except. steht deßwegen nicht im Wege, weil im Falle des interdictum de vi der dejectus nicht in der Lage seyn kann, eben so gut Kläger als Beklagter zu werden.

**) Glück im Commentar §. 439. — Höpfner's Commentar §. 1199. Thibaut Pandektenrecht

fr. 5. §. 6. cit. blos auf die Einreden, die beyden andern Fr. aber auf die Repliken bezieht, und nun ein verjährtes Klagerecht zwar immer noch zur Einrede, aber nicht zur Replik dienen läßt.

Allein ein Widerstreit ist in den angeführten Gesetzen nur insofern vorhanden, als angenommen wird, daß beide vom Falle des dolus sprechenden Stellen sich auf den s. g. dolus *specialis* beziehen. Wenn nun nachgewiesen werden kann, daß das angef. fr. 5. §. 6. nur die s. g. exceptio doli *generalis* betreffe, so liegt auch vor, daß es die Streitfrage, von welcher es sich hier handelt, gar nicht berühre. Denn da diese Einrede eben erst dadurch entsteht, daß der Gegner etwas als Kläger fordert, was er ohne Ungerechtigkeit nicht fordern kann *), so ist keine solche Einrede in Frage, welche auch als Klage hätte angebracht werden können, und eben deßwegen der Verjährung unterworfen seyn soll.

---

§. 1040. — Mackeldey Lehrbuch des heutigen R. R. §. 187.

*) Fr. 2 §. 5. de doli mali et metus exc.

Daß aber das angef. fr. 5. §. 6. allerdings nur von der exc. doli *generalis* spreche, ergiebt sich aus Folgendem:

a) Paulus trägt in dem ganzen Fragmente, dessen Schlußstein der §. 6. ist, nur Fälle der exc. d. gen. vor; es wäre höchst sonderbar, wenn er plötzlich den Zusammenhang durch Erwähnung eines hieher nicht gehörigen Satzes verletzt hätte *).

b) Der Entscheidungsgrund des §. 6.

„Cum actor quidem in sua potestate „habeat, quando utatur suo jure, is „autem, cum quo agitur, non habeat „potestatem, quando conveniatur.“

paßt nicht auf den, welchem die exceptio restitutionis in integrum ex capite doli oder überhaupt doli specialis zur Seite steht. Denn dieser hat es allerdings in seiner Gewalt, die ihm zukommende Rechtswohlthat der Wiederein-

*) Ueberhaupt spricht Paulus in seinem 71. Buche ad Edictum von der allgemeinen exceptio doli „quam Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis“ contra naturalem aequitatem prosit. Vgl. fr. 1. §. 1. cod.

setzung in den vorigen Stand, ohne die Klage seines Gegners abwarten zu müssen, zu rechter Zeit geltend zu machen. Der angeführte Entscheidungsgrund ist aber

c) mit dem, was oben über die Natur der exc. doli generalis bemerkt ist, in vollkommenem Einklange.

Betrachten wir auf der andern Seite vorerst fr. 30. §. 6. de peculio, so kann zwar nicht geleugnet werden, daß in dem hier beurtheilten Falle der Vorwurf des dolus specialis replicando gemacht wird*). Dies ergiebt sich aus dem nächstfolgenden Sen:

„in heredem autem doli clausula, in „id, quod ad eum pervenit, fieri debet; ultra non."

Die clausula doli soll eine Verurtheilung motiviren, sie muß daher gegen den Beklagten gerichtet seyn. Allein dies hindert uns nicht,

---

*) Der Fall ist von der Glosse richtig folgendermassen angegeben: agit creditor de peculio: dominus dicit, nihil esse in peculio: et actor replicat, quod dominus fecerit dolo, quominus sit.

aus der gedachten Stelle einen Lehrsatz auch für die Exceptionen abzuleiten. Denn

1) sind Einrede und Replik der Materie nach gleichartige Species derselben Gattung. Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, quae a parte actoris veniunt. Illud tenendum est, omnem exceptionem, vel *replicationem* exclusoriam esse; exceptio *) actorem excludit: replicatio reum. Beide sind gleichmäßig nur Vertheidigungs- nicht Angriffsmittel. Es hat keinen Sinn, wenn man **) sagt: Die Replik dürfe auf keine Weise dazu mißbraucht werden, um eine schon verjährte Klage durchzusetzen. Denn die Replik besteht ganz unabhängig von der Klage; nicht durch diese, sondern durch die Einrede ist ihr Daseyn hervorgerufen, sie ist eine Schutzwaffe gegen das Unrecht, welches dem Kläger durch das Vorbringen der Einrede zugefügt werden soll. Treffend sagt in dieser Hinsicht Gajus, IV. §. 226.:

„Interdum evenit, ut exceptio, quae

*) Fr. 2. de except.

**) A. D. Weber Beyträge zur Theorie von Klagen und Einreden. St. 1. Nr. 1. §. 3.

„prima facie justa videatur, inique no-
„ceat actori: quod cum accidit, alia
„adjectione opus est adjuvandi actoris
„gratia: quae adjectio replicatio voca-
„tur, quia per eam replicatur atque
„resolvitur jus exceptionis.“

Schon diese gänzliche Gleichheit der rechtlichen Natur von Einrede und Replik könnte uns berechtigen, die von Repliken gelegentlich gegebenen Vorschriften, auf die Einreden anzuwenden.

2) In dem fr. 30. §. 6. war zwar zunächst nur über die Dauer der *replica* doli zu entscheiden. Allein die Entscheidung ist allgemein, generisch, gefaßt, so daß sie eben so gut auch die *exceptio doli* trifft. *In objiciendo* dolo soll dieselbe Zeitbeschränkung stattfinden wie bey der actio de dolo. Das Wort *objicere* heißt in solchem Zusammenhange soviel, als „einwenden“ und ist in den römischen Rechtsbüchern sehr häufig das Zeitwort zu „exceptio“ *). Wo ein objicere vorkömmt, muß auf der andern Seite schon ein Schritt geschehen seyn; gleichviel übrigens, ob dieser

---

*) Brissonius führt 20 Stellen auf, in welchen objicere in Verbindung mit exceptio, und nur eine, wo es in Verbindung mit replicatio vorkömmt.

der erste, oder selbst nur zur Vertheidigung gethan war. Nun sagt uns Ulpian in der fraglichen Stelle ganz allgemein, daß das objicere dolum *) eben so an gewisse Zeit gebunden sey, wie das agere ex capite doli.

Zu einer solchen unbedingten Zusammenstellung von exceptio und replica giebt uns Ulpian in fr. 9. §. 4. de jurejurando Grund und

*) In Bezug auf Repliken steht die Const. 6. de except. nicht entgegen, wenigstens nicht nach der bessern Lesart, wie sie z. B. Contius hat: „Si pactum intercessit in exceptione; sine temporis praefinitione de dolo replicare potes." Nach dieser Interpunktion hat es keine Schwierigkeiten, das unbestimmte Rescript auf die replica doli generalis zu beziehen. — Der Fall bey Gajus IV. 126. paßt vollkommen dazu. „Si pactus sim tecum, ne pecuniam, quam mihi debes, a te peterem, deinde postea in contrarium pacti simus, id est, ut petere mihi liceat, et si agam tecum, excipias tu, ut ita demum mihi condemneris, si non convenerit, ne eam pecuniam peterem: nocet mihi exceptio pacti conventi: namque nihil ominus hoc verum manet, etiamsi postea in contrarium pacti simus: sed quia iniquum est, me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto hoc modo: *si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret.*"

Beyspiel an die Hand. In diesem Fragmente ist gleichmäßig der Fall einer replica restitutionis behandelt. Gleichwohl sagt **Ulpian** ohne weitern Uebergang am Schlusse:

„praeterea *exceptio* ista, sive cogni-
„tio, statutum tempus post annum 25
„non debet egredi" *).

Nach Ablauf des statutum tempus soll überhaupt eine cognitio über das Daseyn einer Verletzung nicht mehr stattfinden.

Diesem Allem zufolge möchte die oben bezeichnete, im Streit befangene Ausnahme von der Regel der Unverjährbarkeit der Einreden allerdings dahin anzunehmen seyn, daß in den Ausnahmsfällen mit der Klage auch Einrede, Replik u. s. w. verloren gehe. — Dieses Resultat entspricht auch der richtigen Ansicht **) über die Extinctivverjährung bey Klagen aus Obligationen; — nach welcher nämlich durch die Verjährung nicht nur das Klagerecht verloren geht, sondern auch jede andere Wirksamkeit der Obligation vernichtet wird.

---

*) Vgl. fr. 3. §. 9., fr. 13. §. 1., fr. 16. pr. fr. 39. pr. de minoribus 25. a.

**) Sie begründet sich durch fr. 6. de obl. et actionibus; fr. 26. §. 3. de condictione indebiti; fr. 14. de compensationibus; fr 37. de fidejussoribus.

IV.

Ueber fr. 8. §. 3. si servitus vindicetur und fr. 15. de operis novi nunciatione.

IV.

Ueber fr. 8. §. 3. si servitus vindicetur und fr. 15. de operis novi nunciatione.

IV.

Ueber fr. 8. §. 3. si servitus vindicetur *) und fr. 15. de operis novi nunciatione **).

Die erwähnten Fragmente werden von vielen

*) Ulpianus: „Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum „est, possessoris partes sustinere, si quidem „tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait: si vero non sunt immissa, eum, „qui negat."

**) Africanus: „Si priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur: partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam „ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, „non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque e „contrario, si cum quis agere vellet, jus sibi „esse invito adversario altius tollere, eo non

Schriftstellern *) zur Begründung des Satzes angeführt, daß bey der actio negatoria, wenn sich der Beklagte im Besitze der Servitut befindet, der Beweis der behaupteten Freyheit dem Kläger obliege. Neuerdings hat v. Löhr **) zu zeigen gesucht, daß diese Stellen nicht geeignet seyen, die aus allgemeinen Gründen mit Nothwendigkeit hervorgehende gegentheilige Ansicht als unrichtig darzustellen. Seitdem haben auch Mackeldey ***) und v. Wening-Ingenheim †), indem sie sich

---

„defendente similiter, inquit, officio judicis „continebitur, ut cavere adversarium juberet, „nec opus novum se nunciaturum, nec aedifi- „cianti vim facturum. *Eaque ratione hactenus* „*is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure* „*suo probare necesse haberet: id enim esse,* „*petitores partes sustinere.*"

*) So von Thibaut, Hofacker, Weber, Schweppe u. a. Vergl. meine civ. Erört. Abh. I. S. 7—9.

**) Magazin für RW. und Ggbg. Bd. III. S. 511.

***) Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. ed. III. et IV. §. 349. not. c.

†) Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts. B. I. S. 271.

für letztre Ansicht erklärten, ausdrücklich (und zwar mit Hinweisung auf v. Löhr) behauptet, daß die gedachten Fragmente nicht entgegenstünden *). Bey dem großen Interesse, was die streitige Frage im praktischen Leben hat, dürfte nun eine Prüfung der v. Löhrischen Deutung nicht überflüssig seyn.

v. Löhr äußert sich wie folgt:

„die beyden (in den angef. Fr.) genann-
„ten Servituten sind servitutes praedio-
„rum urbanorum, bey welchen die Be-
„schränkung des Eigenthums, so wie die
„Freyheit von dieser Beschränkung, als
„Servituten angesehen werden. In bey-
„den Fällen ist sonach kein Streit zwi-
„schen dem Eigenthümer und dem Ser-
„vitutberechtigten, sondern zwischen Zweyen,
„die Beyde eine Servitut in Anspruch
„nehmen. Daß hier der Besitz entschei-
„de, liegt in der Natur der Sache.

---

*) Auch der Recensent meiner civ. Erört. in der Leipziger Ltz. 1823. Nr. 77. glaubt die angeführten Fragmente durch v. Löhrs Argumente beseitigen zu können.

„Sonach sind diese Stellen nicht ge„eignet, das aus allgemeinen Gründen „mit Nothwendigkeit Hervorgehende als „unrichtig darzustellen. Sie fügen nur „der Regel die Modification hinzu, daß „bey den servitutes praediorum urbano„rum der Besitzer von dem Beweise zu „befreyen sey.

Es wird also zugegeben, daß bey den servitutes praediorum urbanorum der Besitzer der Servitut — ausnahmsweise — vom Beweise frey sey; — aber dies nur in Folge der Eigenthümlichkeit dieser Art der Servituten, daß bey ihnen die Freyheit von der Beschränkung des Eigenthums, eben so wie die Beschränkung selbst, als Servitut angesehen werde.

Dieser Satz fußt sich darauf, daß in unsern Gesetzen neben der servitus altius non tollendi, auch eine s. altius tollendi und sowohl eine s. stillicidii avertendi in tectum vel aream vicini, als auch eine s. st. non avertendi vorkömmt, und auf die seltsame Erklärung, welche sich von der

letz-

letztern in Theophilus *) findet, und dahin geht, die s. stillicidii non immittendi sey dann vorhanden, wenn der bisherige serviens in stillicidio recipiendo die Freyheit von dieser Servitut erlangt habe.

Allein

1) ist wohl nicht zu leugnen, daß diese Erklärung mit dem Begriffe und der allgemeinen Natur der Servituten in geradem Widerspruche steht. Aus Theophilus **) selbst läßt sich der allgemein angenommene Begriff der Servitut nachweisen, daß sie nämlich das Recht an einer fremden Sache sey, kraft dessen der Berechtigte verlangen kann, daß der Eigenthümer der Sache etwas nicht thue, oder etwas leide was er sonst als Eigenthümer thun darf, oder nicht zu leiden braucht ***). Nun soll aber die servitus stillicidii non immittendi in der Negation dieser Merkmale bestehen, in dem Nicht-

*) Ad §. 1. I. de servitutibus.

**) Ad §. 3. I. de reb. corp. et incorp.

***) Vgl. Mackeldey a. a. O. §§. 329 — 30.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

daseyn eines also charakterisirten Rechts, in dem Nichtdaseyn einer Beschränkung des Eigenthums, in dem Daseyn der Freyheit desselben.

Es soll also eine Species in der Gattung der Servituten geben, bey welcher man vergebens irgend ein generisches Unterscheidungsmerkmal sucht, und welche eine reelle Existenz darum nicht haben kann, weil der Berechtigte die der Servitut beygelegten Befugnisse schon als Eigenthümer hat.

In der Aufhebung von Beschränkungen des Eigenthums kann die Begründung eines neben dem Eigenthume für den Eigenthümer existirenden Rechtes nach der Natur der Sache nur in sofern liegen, als die fragliche Beschränkung des Eigenthums durch besondere statutarische Normen zur allgemeinen Regel geworden ist, und daher der Eigenthümer nicht schon als solcher die Befugnisse haben würde, welche ihm durch die specielle Aufhebung der allgemein bestehenden Beschränkung zukommen. Daß sich aber die servitus altius tollendi auf bestehende gesetzliche Beschränkungen der Baufreyheit beziehe, ist bey der

häufigen Erwähnung solcher Baugesetze *) höchst wahrscheinlich, und in dieser Beziehung hat diese Servitut eine ganz natürliche einfache Bedeutung. Es ist dann weit weniger bedenklich, mit Beyseitsetzung des Theophilus die servitus stillicidii non *avertendi* auf ähnliche Weise **) zu erklären, als — ohne irgend einen innern Grund und ohne unmittelbare gesetzliche Veran-

---

*) In fr. 11. de serv. pr. urb. sagt Ulpian: „Qui luminibus vicinorum officere, aliudve „quid facere contra commodum eorum velit, „sciet se *formam ac statum antiquorum aedi-„ficiorum custodire debere.*“ In C. 1. de ae-„dif. priv. rescribiren Sever und Antonin: „Et balneum, ut desideras, exstruere, et ae-„dificium ei superponere potes: *observata ta-„men forma, qua ceteris super balneum aedifi-„care permittitur*, id est, ut concameratis su-„perinstruas et ipsum concameres, *nec modum „usitatum altitudinis* excedas. — Vgl. C. 12. §. 1, 2. eod.

**) Nothwendig muß die locale Bauart der Häuser und Dächer Einfluß auf die Tropfenfallsservitut haben; und demzufolge kann die Aufnahme des Tropfenfalls vom nachbarlichen Dache leicht zur Regel werden.

lassung — blos auf Theophilus hin — die allgemeine Regel

„bey den s. p. u. werde die Freyheit
„von der s. ebenfalls als Servitut ange-
„sehen"

mit mannigfachen Folgen ins praktische Recht einzuführen. Es mag allerdings gesagt werden, in gewissen Fällen und unter besondern Umständen könne die Freyheit von einer Beschränkung als Servitut gelten;" — allein zu der allgemeinen Fassung des Satzes, wie ihn v. Löhr aufstellt, möchte wohl in den Gesetzen keine Veranlassung gegeben seyn.

Könnte man aber

2) auch zugeben, daß der Satz des Theophilus als Erklärungsquelle für die s. stillicidii non avertendi und wohl auch für die s. altius tollendi gelten müsse, so ist doch jedenfalls so viel gewiß, daß das Dogma, die Freyheit von den erwähnten Servituten sey wieder eine Servitut, in seiner allgemeinen Fassung eine recht grelle — so recht contra rationem juris

gehende Anomalie enthalte, und daher jede Ausdehnung und Analogie in der Anwendung ausschließe. — Auch ist in den Gesetzen von einer s. tigni *non* immittendi, oneris *non* ferendi, non projiciendi etc. keine Spur zu finden, — sondern nur die auf den Tropfenfall und das Höherbauen sich beziehenden Servituten kommen doppelt — affirmativ und negativ — vor. Gajus würde insbesondere in fr. 2. de serv. pr. urb. *) gewiß nicht verfehlt haben, der doppelten Form der übrigen von ihm aufgeführten Servituten zu gedenken, wenn diese nicht als eine Eigenthümlichkeit der obigen beyden anerkannt

*) Urbanorum praediorum jura talia sunt: altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini, aut non avertendi. Item immittendi tigna in parietem vicini et denique projiciendi, protegendive, ceteraque istis similia. Ein bedeutsames Moment gegen die Ansicht, daß die s. altius tollendi nichts sey, als das Produkt der Aufhebung einer dagewesenen serv. altius non tollendi, scheint mir darin zu liegen, daß jene hier voransteht, — was gewiß nicht der Fall seyn würde, wenn sie nur eine so secundäre und — ideelle Existenz hätte.

gewesen wäre; so führt er aber nur letztere als doppelte, und die übrigen als einfache auf. Dabey ist nicht zu verkennen, daß gerade bey der Bauservitut die affirmative Form, wie oben bemerkt wurde, eine aus den römischen Gesetzen leicht nachzuweisende eigenthümliche Bedeutung haben kann, und eben so die servitus stillicidii non avertendi unter den oben angedeuteten Umständen in der zum Verhindern des Tropfenfalls nothwendigen Bauart eine rechtliche Besonderheit darzustellen scheint. Gleiche oder ähnliche Beziehungen lassen sich nun bey einer s. tigni non immittendi oder oneris non ferendi durchaus nicht denken. Denn ein Baustatut, daß Jeder sich von dem Nachbarn das Einschieben von Balken oder gar das Aufsetzen der Gebäude gefallen lassen müsse, wäre im äußersten Grade lächerlich und ungereimt. So wenig ein solches vernünftigerweise existiren kann, eben so wenig eine durch Exemtion davon entstehende s. tigni *non* immittendi oder oneris *non* ferendi.

Man könnte aber

3) noch weiter gehen und allgemein einräu-

men, daß die wiedererlangte Freyheit von einer früher dagewesenen Servitut immer wieder eine neue Servitut bilde, ohne dadurch den v. Löhr aufgestellten Lehrsatz und seine Auslegung der fraglichen Fragmente billigen zu müssen. Denn ein Grundstück kann frey seyn, weil es entweder nie belastet war, oder weil die vorhandengewesene Belastung wieder weggenommen wurde. Theophilus bezieht den obengedachten paradoxen Lehrsatz nur auf den letzten Fall. Gleichwohl stellt v. Löhr ganz allgemein den Satz auf:

„Bey den s. praediorum urbanorum „werden die Beschränkung des Eigenthums, so wie die Freyheit von dieser „Beschränkung, als Servituten angesehen.“

Wohl ist es klar, auch v. Löhr habe hier nur den letztern Fall im Sinne gehabt; allein er wendet ihn doch so an: als wenn er die Existenz der durch die Nichtexistenz von Servituten existirenden Servitut auch da behauptete, wo niemals eine Servitut wirklich existirt hat. Denn ohne zu untersuchen, ob in dem einen

Falle des fr. 8. §. 3. si serv. vindicetur, wo nämlich „tigna immissa“ sind, die Existenz der Servitut deßwegen bestritten werde, weil sie niemals existirt haben, oder weil sie wieder erloschen seyn soll; — oder ob in dem andern Falle, wo „tigna non immissa“ sind, eine immissio früher niemals vorhanden gewesen, oder eine früher vorhandene später wieder beseitigt worden; — ohne diesen wesentlichen Unterschied auch nur zu berühren, bemerkt es v. Löhr als eine zweifellose Sache, daß in den Fällen beyder Fragmente kein Streit zwischen dem Eigenthümer und dem Servitut-Berechtigten sey, sondern zwischen Zweyen, die Beyde eine Servitut in Anspruch nehmen. — Aber die deutlichen Worte des Fragmentes zeigen das Gegentheil. Ulpian bezeichnet die Intention der einen Parthey dahin „qui servitutem deberi ait“ und die der andern mit: „qui negat.“ — Ganz einfach ist die Sache: von der einen Seite wird die Existenz der Servitut behauptet, von der andern bestritten. Es wird gefragt: wen die Beweislast treffe? — einfach ist die Antwort: der Besitz entscheidet. — Hier

soll nun derjenige, von dem man nichts weiß, als daß er das von dem Andern behauptete Recht, in seine Wand Balken einzuschieben, bestritten hat, — er soll für sich gleichfalls eine Servitut in Anspruch nehmen und daher kein Streit zwischen Servitutprätendenten und Eigenthümer, sondern zwischen zwey Servitutprätendenten vorliegen!! — Offenbar würde diese Folgerung, nach den eignen Voraussetzungen v. Löhrs, nur dann gerechtfertigt seyn, wenn man wüßte, daß derjenige, „qui negat,“ das Recht des Andern deswegen bestreite, weil die früher bestandene Servitut erloschen seyn soll. Aber dies anzunehmen, haben wir nicht die geringste Veranlassung.

4) Man nehme aber auch an, daß sich der „negans“ auf eine Erlöschung der behaupteten Servitut beziehe, so kann man darum doch nicht sagen, daß hier kein Streit zwischen dem Eigenthümer und dem Servitutberechtigten, sondern zwischen zweyen sey, die Beyde eine Servitut in Anspruch nehmen. Denn es sind dann 2 Fragen zu unterscheiden. 1) War die Servitut

wirklich vorhanden? Bey Erörterung dieser Frage hat der negans ganz die Rolle des „dominus serviens.“ 2) Hat Letzterer durch Erwerbung der Freyheit von jener Servitut die entgegengesetzte Servitut erworben? — Nach diesem Gesichtspunkte wechseln die Rollen und derjenige, der „servitutem sibi deberi ait“ erscheint und kämpft nun seinerseits nach Theophilus und v. Löhr als Eigenthümer des dienenden Grundstücks. — Nur eine Vermischung dieser beyden verschiedenen Streitfragen konnte zur Aufstellung des bekämpften Satzes führen.

Die unter 3 und 4 vorgebrachten Zweifelsgründe passen auch vollkommen auf fr. 15. de operis nov. nunc. Zwar scheint hier die Behauptung, daß jeder der beyden Gegner eine Servitut, der eine die s. altius non tollendi, der andere die s. altius tollendi in Anspruch nehme, noch eher eine Stütze in dem Buchstaben des

Fragmentes zu finden. Allein ich hege immer noch *) die Ueberzeugung, daß hier nur von der s. altius *non* tollendi die Rede sey. Freylich soll der contumax caviren:

„non prius se aedificaturum quam ul-
„tro egisset, *jus sibi esse altius tol-*
„*lere.*“

Allein diese Worte können eben so gut von der actio negatoria in Bezug auf die s. altius non tollendi verstanden werden. Der contumax soll zur Strafe Kläger werden. Dabey mag es nun gleichviel seyn, ob er seine Klage darauf stützt, daß dem Gegner das behauptete Verhinderungsrecht niemals zugekommen, oder darauf, daß dasselbe durch ein anderes entgegengesetztes auf seiner Seite entstandenes Recht wieder beseitigt worden sey. Die Worte „jus sibi esse altius tollere“ beziehen sich hier nicht technisch auf die s. altius tollendi, sie enthalten nur das Gegentheil dessen, was der „contumax“ früher zu

---

*) S. meine Erört. einzelner Lehren des Röm. Pr. Abth. II. S. 83.

bestreiten versäumt hat. Daß aber die positive Fassung mit der Natur der Negatorienklage nicht im Widerspruche stehe, das hat eben Theophilus *) sehr richtig bemerkt.

*) Ad §. 2. I. de actionibus.

V.

Ueber die durch Fr. 12. de statu hominum und Fr. 3. §. 12. de suis et leg. hered. begründete Rechts-vermuthung.

V.

Ueber die durch Fr. 12. de statu hominum und Fr. 3. §. 12. de suis et leg. hered. begründete Rechtsvermuthung.

Es ist eine bestrittene Rechtsfrage, ob der Umstand, daß das im siebenten Monate der Ehe geborne Kind als vollkommen ausgetragen erkannt wird, die für die Legitimität desselben nach Fr. 12. de statu hominum streitende Vermuthung entkräften könne? — Die Beantwortung dieser Streitfrage äussert natürlich ihre Wirkung auch auf die Beweisführung über die aussereheliche Vaterschaft, und ist, besonders in der letztern Beziehung sehr häufig Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung. — Bekanntlich ist Thibaut *)

---

*) System des Pandektenrechts. ed. VII. §. 366.

der Meinung, daß die fragliche Vermuthung durch die völlige Reife des Kindes entkräftet werde. Diese Ansicht ist neuerdings in Urtheilen der Juristenfacultäten zu Heidelberg und Marburg praktisch geworden *). Man hat zur Begründung derselben angeführt: die physiologische Lehre des Hippocrates, deren Auctorität den in Fr. 12. de statu hominum und Fr. 3. §. 12. de suis et legit. hered. ausgesprochenen Rechtssätzen zu Grunde liegt, sey heut zu Tage von den Sachverständigen als gänzlich falsch nachgewiesen; die fraglichen Rechtssätze beruhten sonach auf einer naturwidrigen Voraussetzung; die Anwendung derselben auf eine der richtigen physiologischen Ansicht entsprechende Weise zu modificiren, sey aber umsomehr zulässig, als solche nicht durch ein eigentliches Gesetz, sondern durch die Lehre der Juristen eingeführt worden sey. —

Es sey mir vergönnt, einige Zweifel über die Richtigkeit dieser Theorie vorzutragen. 1) Die Lehre

*) Vgl. S. P. Gans Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege im Königreiche Hannover. Bd. I. Heft 4. S. 569—93.

Lehre des Hippocrates stimmt in dem Punkte, worauf es hier ankommt, mit den Ansichten der heutigen Physiologen dem Wesen nach überein. Hippocrates hat in seinem Buche de septimestri partu nichts weniger behauptet, als daß mit dem Anfange oder im Laufe des siebenten Monats ein vollkommen reifes Kind zur Welt kommen könne, sondern nur, daß mit dem siebenten Monate das Principium perfectionis, d. h. die Möglichkeit eintrete, das Leben ausser dem Mutterleibe fortzusetzen. Er erklärt ausdrücklich, daß dergleichen Frühgeburten äusserst schwächlich seyen, und nur selten großgezogen würden. Daß diese Ansicht über die Lebensfähigkeit eines im siebenten Monate gebornen Kindes heut zu Tage allgemein verworfen sey, läßt sich um so weniger behaupten, als erst in neuster Zeit von Radman *) und D'Outrepont **) Beobachtungen mitgetheilt wurden, nach welchen man Kinder am Leben

*) S. Salzburger med. chirurg. Zeitung von 1816. Nr. 13. S. 199.

**) Vgl. hierüber Henkes Zeitschrift für die Staatsarzneikunde. III. 3.

erhalten hat, welche weniger als 6 volle Monate im Mutterleibe verweilt hatten. — 2) Nicht blos aus den Schriften des Hipprocrates, sondern schon zufolge allgemeiner Menschenkundigkeit mußten die Römischen Juristen wohl wissen, daß Kinder, welche im siebenten und achten Monate der Schwangerschaft geboren werden, der Reife und Ausbildung entbehren, welche bey den erst nach 9 Monaten zur Welt gekommenen Kindern gefunden wird. Gleichwohl haben sie das im siebenten Monate der Ehe geborne Kind schlechthin für legitim erklärt, ohne diese Eigenschaft durch die Spuren der Unreife zu bedingen. Ebenso unbedingt sprechen sie dem Kinde einer Freigelassenen den Stand der Freiheit zu, wenn von Zeit der Freilassung der Mutter bis zur Geburt des Kindes wenigstens 182 Tage verflossen waren *). Allerdings kann man bey Anwendung der fraglichen Gesetzstellen zu einem Resultate kommen, bey welchem als Thatsache angenommen wird, was physisch unmöglich ist, z. B. daß das vollkommen ausgetragene Kind, welches am 183.

*) Fr. 3. §. 12. de suis et legit. hered.

Tage der Ehe geboren wurde, erst nach Eingehung der Ehe gezeugt worden sey. — Allein diese Unmöglichkeit war schon bey den Alten, wie aus den von Fabrot *) gesammelten Aeusserungen des Hippocrates, Aristoteles, Cicero, Lucian und Anderer hervorgeht, eine allgemein anerkannte Sache. —

Wenn demungeachtet die Römischen Juristen die Annahme der Legitimität eines Kindes nicht von einer Untersuchung in Ansehung seiner Reife abhängig machten, so läßt sich dieß nicht aus gänzlicher Unkunde jenes Naturgesetzes, sondern nur daraus erklären, daß sie Bedenken trugen, die Entscheidung der so wichtigen Quaestio status in jedem einzelnen Falle dem Gutachten mehr oder minder gebildeter Sachverständigen anzuvertrauen. Eine feste Rechtsregel sollte aufgestellt und hiebei der Favor partus möglichst berücksichtigt werden. Einen Anhaltspunkt gewährte der Ausspruch des Hippocrates über die Zeit, wann das Principium perfectionis eintritt; und

*) Exercitatio de justo partu (Otto thesaur. Tom. III. pag. 1162.)

indem man nach diesem Zeitpunkte eine dem Kinde günstige Vermuthung begründete, wollte man es eher darauf ankommen lassen, daß einmal ein unächtes Kind für ächt erklärt werde, als daß ein legitimes Kind Gefahr laufe, seinen Familienstand zu verlieren. Soviel aber liegt klar vor, daß Untersuchungen über die Reife des Kindes ausgeschlossen seyn sollten. Um den Richter von solchen Untersuchungen unabhängig zu machen, wurde die bezeichnete Vermuthung aufgestellt. 3) Wenn man auch annimmt, daß irrige Voraussetzungen der Begründung des fraglichen Rechtssatzes zu Grunde liegen, so ist man doch nicht befugt, die Anwendung desselben aufzugeben. Wenn wir uns überzeugen, daß die von dem Urheber des Fragments angegebenen Gründe unhaltbar seyen; so dürfen wir zwar diese Gründe zu Schlußfolgerungen, die über den Buchstaben des Rechtssatzes hinausführen würden, nicht benutzen; allein der aus falschen Prämissen hervorgegangene Rechtssatz ist und bleibt, weil er in Justinians Sammlung aufgenommen ist, so lange verbindlich, bis neuere Gesetze ihn aufgehoben oder sonstige

einheimische Rechtsquellen ihn verdrängt haben *). Wollte man die in dem Heidelberger Urtheile aufgestellten Grundsätze unbedingt gelten lassen, so würde der Sicherheit des Rechtes manche Gefahr drohen. Viele Rechtssätze sind in unsern Quellen unter Beziehung auf philosophische, naturwissenschaftliche, medicinische u. dgl. Vordersätze ausgesprochen, und nebst dem Hippocrates werden z. B. Demosthenes, Theophrastus, Homer, Cicero — als Gewährsmänner aufgeführt. Wenn nun die Wirksamkeit solcher Rechtssätze davon abhängen sollte, ob jene nichtjuristischen **) Prämissen im Laufe der Jahrhun-

---

*) Vgl. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung. §. 34.

**) Die „weitherzige" Behandlung der in den Pandecten gesammelten Rechtssätze dürfte sich, wenn sie consequent verfahren wollte, auf diejenigen nicht beschränken, denen nichtjuristische Prämissen zu Grunde liegen. Vielmehr müßte sie es ganz allgemein geltend machen, daß „Rechtssätze, welche sich nicht auf dem Wege starrer Gesetzgebung, sondern auf jenem der ergänzenden Doctrin gebildet haben, einer richtigern Doctrin gern

derte immer und von Jedermann als richtig anerkannt werden; so wäre es offenbar in Ansehung der fraglichen Lehren um die Festigkeit und Zuverlässigkeit der Rechts-Normen geschehen. Denn wer kennt nicht die Veränderungen und Fortschritte, welche philosophische Systeme und die Naturwissenschaften im Laufe der Zeiten erlitten und gemacht haben? *). Ist der Sinn einer gegebenen Vorschrift vollkommen klar und bestimmt; so darf der Richter seiner Ansicht über die Unrichtigkeit der Ratio legis keine Folge geben. Alioquin, sagt Neratius, multa ex his, quae certa sunt, subverterentur. — 4) Die in

---

weichen." — Vgl. die Entscheidungsgründe des angeführten Heidelberger Urtheils, bei Gans a. a. O. S. 588.

*) Niemand wird meine vorliegende Aeusserung so deuten können, als ob ich überhaupt jede organische Fortbildung des Rechtes, wie sie die Fortschritte der Cultur und die Veränderung der Sitten erfordern, ausschließen wollte. Aber niemals darf das Streben nach Fortbildung so weit gehen, daß man es dem Richter anheimstellt, die Anwendung eines Gesetzes zu unterlassen, wenn er die Prämissen desselben für unrichtig hält.

die Pandecten aufgenommenen dogmatischen Aussprüche der Juristen haben für uns ebensogut Gesetzeskraft, als die Edicte im Codex und die Novellen. In der Const. Deo auctore, §. 6. erklärte Justinian: „Omnes, qui relati fuerint in hunc codicem, prudentissimi viri habeant auctoritatem, tanquam si eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta, et nostro divino fuerint ore profusa. Omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas.“ Wenn es nun in den Heidelberger Entscheidungsgründen heißt:

„Die Ansichten unserer Gegner beruhen auf „einer gewissen engherzigen Behandlung der Rechtssätze, indem der Buchstabe der von Römischen Rechtsgelehrten „über zweifelhafte factische Punkte geäußerten Meinungen binden soll, wie der „Wille des Gesetzgebers“ —

so muß man dagegen vor Allem bemerken, daß es sich hier nicht von der verbindenden Kraft der von den Rechtsgelehrten über zweifelhafte factische Punkte geäußerten Meinungen, sondern von der verbindenden Kraft der Rechtssätze hand-

le, deren Aufstellung durch jene Meinungen motivirt wurde. Dieß vorausgesezt, rechtfertigt sich die Behauptung, daß sich jener Entscheidungsgrund in offenbarem Widerstreite mit dem Gesetze befinde, welches die Gesetzeskraft der Pandecten-Sammlung begründet hat. Zudem beruht der Rechtssatz, dessen Anwendbarkeit vorliegende Zeilen vertheidigen, nicht blos auf den Meinungen der Juristen, sondern er wurde auch durch ein Rescript des **Divus Pius** anerkannt und bestätigt *). — 5) Allerdings gehört es zu den Verdiensten der neueren Zeit, die Fesseln zerschlagen zu haben, in die das Wort „**Lex**", womit man alle Pandectenfragmente zu citiren pflegt, unwillkürlich verwickelte. Aber die errungene Freiheit wird, zum großen Nachtheile der Rechtssicherheit, mißbraucht, wenn man nun den Pandectenfragmenten keine andre als eine doctrinelle Auctorität zugestehen will, und ihre practische Bedeutung so oft zu leugnen kein Bedenken trägt, als man die Unrichtigkeit der Vordersätze, von welchen der Römische Jurist

---

*) Fr. 3. §. 12. cit.

ausging, nachweisen zu können glaubt. — Die historische Behandlung hat die Berichtigung sehr vieler Irrthümer herbeigeführt, und helles Licht über Rechts-Institute und Gesetzstellen verbreitet, über welche man Jahrhunderte hindurch im Finstern tappte; sie hat die Hilfsmittel der Auslegung unendlich erweitert, und das Rechts-Studium weit interessanter gemacht. Aber wenn es verkehrt war, den Inhalt der Pandecten-Sammlung, wie früher wohl geschah, als ein Erzeugniß „starrer Gesetzgebung" anzusehen und zu behandeln; so ist es noch weit verkehrter, die Fragmente aus juristischen Schriften einzig und allein nach ihrer ursprünglichen Eigenschaft zu beurtheilen und zu gebrauchen, und die spätere Sanction, welche sie mit Gesetzeskraft bekleidete, ganz aus den Augen zu verlieren. — Ueberhaupt ist wohl heut zu Tage Anlaß zu der Bemerkung gegeben, daß neben den Vortheilen, welche das Streben der s. g. historischen Schule dem Rechts-Studium brachte, auch, und zwar durch ungeschickte und maaslose Anwendung der Grundprinzipien jenes Strebens, bedeutende Nachtheile, welche sich zumal

im Rechtsleben, in der Rechtspflege fühlbar mach-ten, hervorgerufen wurden. **Omnia mala exempla**, sagt Sallustius, **a bonis orta sunt.** Sehr richtig und zweckgemäs wurde z. B. von den Meistern der Schule bemerkt und eingeschärft, daß nicht alles Recht durch Gesetze gemacht und gebildet werde. Diese Bemerkung ist nicht nur sehr fruchtbar für die Behandlung der Rechtsquellen der Vergangenheit, sondern sollte auch für die künftige Gesetzgebung als leitender Grundsatz gelten. — Aber verkehrte Anwendungen dieser Grundansicht der historischen Schule sind jezt an der Tagesordnung. Viele unserer jüngern Juristen sprechen das Wort „Gesetzgebung" nicht aus, ohne das Beiwort: „schroff oder starr" damit zu verbinden; jedes eigentliche Gesetz, dessen Anwendung bey einem Rechtsfalle in Frage kommt, ist ihnen ein Stein des Anstoßes, welchen man aus dem Wege zu räumen kein Bedenken trägt; nur in der helldunkeln Sphäre des Gewohnheits- und des Juristen-Rechts fühlen sie sich behaglich, und dem Gerichtsgebrauche wird wieder, wie zu den guten durch Leyser und Struv verherrlichten

Zeiten, der Vorzug vor der leidigen Lex eingeräumt. Nichts ist diesen gelehrten Herren fataler, als wenn eine Rechtsfrage durch ein klares Gesetz dermaßen abgethan ist, daß bey allem juristenrechtlichen Aufwande nichts daran zu drehen und zu deuteln ist. Darum wird auch von dieser Seite gegen das Unternehmen, auf dem Wege der Gesetzgebung eine radicale Heilung unseres heillosen Rechtszustandes zu versuchen, fortwährend und feierlich Verwahrung eingelegt. — Auch ich theile ganz die Ansicht, daß die Beachtung des im Volke lebenden Rechtes, sowie der fortschreitenden Doctrin und des die Bedürfnisse des Lebens darstellenden Gerichtsgebrauches nicht genug empfohlen werden könne. Aber vor Allem thut es Noth (nämlich den Völkern), Festigkeit und Sicherheit der Rechts-Normen zu erringen, und so die Quelle eines großen Theils der Rechtsstreite zu verstopfen. Dieser Quelle hat das Streben der historischen Schule durch Aufregung von zahlreichen neuen Bedenken und Controversen nicht unbedeutenden Zufluß verschafft. Jene Abhilfe, welche im Interesse der Völker als dringend

nothwendig erscheint, kann nur durch Vermittlung der Gesetzgebung gehofft werden. Wenn bey dieser Gesetzgebung das wahrhaft volksthümliche Recht und die Ergebnisse der Doctrin und Praxis gehörig beachtet, wenn nebstdem passende Einrichtungen zur Fortbildung nach dem Bedürfnisse des fortschreitenden Lebens getroffen werden; so wird nur noch der Unverständige den Vorwurf der „Schroffheit und Starrheit" wiederholen, und den Rechtsgelehrten eine Aufgabe zu Theile werden, welche die noch zur Zeit unabweislichen historischen Forschungen an Gemeinnützigkeit bey Weitem übertrifft.

VI.

Sind bei Tödtungen und Verwundungen, welche im Duelle vorfallen, die Sekundanten als Gehülfen zu betrachten?

VI.

Sind bei Tödtungen und Verwundungen, welche im Duelle vorfallen, die Sekundanten als Gehülfen zu betrachten?

Diese Streitfrage ist auf der Tagesordnung unserer Zeit *); die Lösung derselben erwarten

---

*) Es ist ein vergebliches Beginnen, ein Institut, welches in den Sitten tief gewurzelt ist, und durch sie aufrecht erhalten wird, allein durch strenge Strafgesetze verdrängen zu wollen. Diese höchst wünschenswerthe Verdrängung kann nur durch eine Reform in den Sitten, durch Gründung und Belebung eines andern Institutes bewirkt werden, welches gleich dem Zweikampfe Wurzeln in den Sitten schlägt, und von denjenigen, die bisher das Vorurtheil beherrschte, freiwillig an die Stelle des Zweikampfs gesetzt wird. — Am 12. März d. J. (1829) sprach Graf Portalis, damals Justizminister, in der

wir von dem Bunde der Rechtswissenschaft mit Humanität und Politik. Durch einen kleinen Beitrag weitere Untersuchungen anzuregen, ist die Aufgabe dieser Zeilen.

In zwey Aufsätzen des neuen Archivs für Criminalrecht (Bd. IV. S. 643 und Bd. VIII. S. 468) hat Mittermaier die Gründe für und wider gegenübergestellt, ohne sich für die eine oder andere Ansicht bestimmt zu entscheiden. Jedoch neigt er sich offenbar zu derjenigen hin, welche die Sekundanten für straflos erklärt, sofern solche nicht im einzelnen Falle durch Aufreizung der Duellanten, oder durch Verhinderung der Versöhnung besondere Schuld begangen

---

französischen Pairskammer: Toute lutte entre les lois et les moeurs est perilleuse pour les lois; car les moeurs sont aussi des lois, et des lois vivantes et agissantes. Un préjugé peut être criminel; mais la loi, qui punit un préjugé comme un crime, est nécessairement sans force, tant que le préjugé conserve son empire. Il est donc à craindre, qu'on ne fasse que constater l'impuissance de la loi en sévissant contre le duel.

gen haben. Der revidirte Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Bayern bedroht sie mit der Strafe der Gehilfen, in dem sächsischen Entwurfe §. 626. werden sie ausdrücklich für straflos erklärt. Das Appellationsgericht für den Unter-Mainkreis hat in mehreren Fällen die Sekundanten als Gehilfen ersten Grades bestraft, von dem Appellationsgerichte für den Isarkreis wurde hingegen, wie man uns versichert, ausgesprochen, daß sie als Gehilfen der begangenen Tödtung nicht zu betrachten, sondern zur Aburtheilung an die Disziplinarbehörde zu verweisen seyen.

Vorzügliches Interesse gewähren die Verhandlungen, welche im März d. J. (1829) in der französischen Pairskammer über diesen Punkt Statt gefunden haben *). In dem vorgelegten

*) Der Code pénal kennt das Duell nicht. Wenn nun Tödtungen oder bedeutende Verwundungen eines Duellanten vorfielen, so behandelte die Untersuchungsbehörde den Fall nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuchs über Tödtung und Verwundung, und die Anklagekammer verwies den der That Beschuldigten vor das Assi-

Entwurfe eines Gesetzes über die Bestrafung der im Zweikampfe vorfallenden Tödtungen und Verwundungen war der Sekundanten gar nicht er-

---

sengericht. Gegen diese Verweisung suchten die Beschuldigten Cassation, und in allen vorgekommenen Fällen wurde diesem Gesuche vom Cassationshofe entsprochen. Dieser ging von dem Gesichtspunkte aus: der Duell ist ein ganz eigenthümliches Faktum; dasselbe ist in der Strafgesetzgebung weder verboten noch verpönt, also sind auch dessen Folgen nicht strafbar (nulla poena sine lege). Der Widerstreit, in welchem sich der Cassationshof fortwährend mit den Anklagekammern der Appellationshöfe befand, veranlaßte die Vorlage des neuen Gesetzes, dessen wesentliche Bestimmungen sind: 1) Tödtungen und Verwundungen, welche im Zweikampfe vorfallen, sind, wie Tödtungen und Verwundungen anderer Art, der gerichtlichen Verfolgung unterworfen; 2) in jedem Falle, sollte auch die Verwundung nur den Charakter eines Vergehens (delit) haben, ist die Sache zur öffentlichen Verhandlung und Aburtheilung an das Assisengericht — an die Richter der öffentlichen Meinung — zu verweisen; 3) den Geschwornen ist, nebst der Thatfrage, in jedem Falle noch die weitere vorzulegen: ob sie das in Frage befindliche Factum nach den Umständen für excusabel halten? — Wird diese Frage bejaht, so

wähnt. Dies wurde von mehreren Rednern gerügt. Man bemerkte, dies Stillschweigen könne die Veranlassung geben, daß man die von dem neuen Gesetze angeordnete gerichtliche Verfolgung auch auf die Sekundanten beziehe, was doch weder aus dem Standpunkte des Rechts, noch aus dem der Klugheit zu billigen sey. In diesem Sinne wurden von Graf Tocqueville und Herzog Decazes Amendements vorgeschlagen, und der Vorschlag des leztern selbst von den Ministern unterstüzt. Indessen hatte Baron Segnier, erster Präsident des Appellationshofes zu Paris, die Aufklärung gegeben, daß bey keinem der zahlreichen Criminalprozesse, die durch Tödtungen oder Verwundungen im Duelle hervorgerufen worden, die Sekundanten je beunruhigt worden seyen. In Folge dieser Mittheilung wurden die gedachten Amendements zurückgenommen. Das neue Gesetz hatte die Bestimmung, den

---

kann höchstens auf 2 Jahre Gefängniß erkannt werden. (Der Entwurf wurde nicht zum Gesetze).

bisherigen Schwankungen der Praxis ein Ziel zu setzen. Man hielt es nun für überflüssig und ungeeignet, demselben eine Vorschrift beizufügen, welche nur das ausgesprochen hätte, was als eine ausgemachte Sache bereits allgemein anerkannt war, nämlich, daß die Sekundanten, abgesehen von besondern, die Theilnahme an dem erfolgten Vergehen oder Verbrechen begründenden Umständen, nicht strafbar seyen. — Es waren 171 Pairs bey dieser Berathung versammelt, unter ihnen die ersten Justizbeamten, die vorzüglichsten Staatsmänner Frankreichs; die Ansicht, nach welcher die Sekundanten allgemein als Theilnehmer an der Tödtung oder Verwundung eines Duellanten zu betrachten sind, fand in dieser Versammlung nicht einen einzigen Vertheidiger.

Wenn die Strafgesetzgebung eines Staates (wie der revidirte bayerische Entwurf) den Zweikampf als besonderes Verbrechen oder Vergehen verpönt, und nun die Sekundanten als Gehilfen des Zweikampfes behandelt, so läßt sich allerdings aus dem Standpunkte der Consequenz keine Einwendung machen. Wird aber

die Form des Zweikampfs von dem Strafgesetzbuche (wie z. B. dem französischen und bayerischen) ignorirt, und ist demnach der blutige Ausgang eines solchen nur nach den allgemeinen Vorschriften über Tödtung und Verwundung zu beurtheilen, so läßt es sich im Allgemeinen nicht rechtfertigen, die Sekundanten als Theilnehmer oder Gehilfen zu behandeln. Wir versuchen den Beweis dieser Behauptung, und zwar nach den Vorschriften unsers vaterländischen Strafgesetzbuchs; wobey wir jedoch vor der Hand absehen von dem Falle schuldvoller Unthätigkeit, welche der Art. 78 als dritten Grad der Beihilfe bezeichnet. — Gehilfe ist, wer die Ausführung des von einem andern schon beschlossenen Verbrechens wissentlich nnd vorsätzlich befördert, durch Worte oder Werke, durch Thun oder pflichtwidriges Unterlassen *). Wenn demnach die Begehung des Verbrechens vorher nicht beschlossen war, oder doch derjenige, dessen Eigenschaft als Gehilfe in Frage ist, den verbrecherischen Entschluß des Urhebers nicht kann-

*) Art. 73.

te, oder doch nicht beabsichtigte, die Ausführung des Verbrechens zu befördern, so kann derselbe als strafbarer Gehilfe nicht betrachtet werden. Ein gegebener Fall kann unter die speziellen Bestimmungen, welche sich in den Art. 74—77 über die verschiedenen Grade der Beihilfe finden, immer nur in so fern subsumirt werden, als jene allgemeinen Merkmale zusammentreffen, nämlich:

1) Vorhergegangener verbrecherischer Entschluß des Urhebers;
2) Kunde dieses Entschlusses von Seite des der Theilnahme Bezüchtigten;
3) Vorsatz desselben, die Ausführung des von dem Urheber beschlossenen Verbrechens zu befördern, und
4) Bethätigung dieses Vorsatzes.

Faßt man nun den Fall einer im Duelle erfolgten Tödtung in's Auge, so scheint

1) allerdings im Falle des Pistolenduells, oder, wenn die Tödtung durch einen Stich in die Brust erfolgte, der Vorsatz zu tödten, von Seite des Urhebers in Gemäsheit der Art. 41, 43 und 44 angenommen werden zu müssen. Al-

lein der Richter ist ausdrücklich angewiesen, den bloßen Erfolg nicht mit der äußern Erscheinung der That in ihrem ganzen Zusammenhange zu verwechseln, nicht nach jenem Erfolge allein, sondern nach dieser Erscheinung den Dolus zu beurtheilen. Der Richter soll alle Umstände, wie sich dieselben vor, bey und nach der That zeigten, er soll die nach allen Verhältnissen der Zeit, des Orts und der Personen wahrscheinlichen Absichten des Handelnden, also die That nach der äußern Erscheinung in ihrem vollständigen Zusammenhange nach allen Umständen und Verhältnissen abwägen, um hiernach das Daseyn, die Stärke und den Umfang des rechtswidrigen Vorsatzes mit juristischer Schärfe abzumessen *).

Das Duell wird meistens veranlaßt durch Beleidigung eines Duellanten von Seite des andern. Diese Beleidigung ist in den meisten Fällen das Ergebniß eines lebhaft oder leidenschaftlich geführten Meinungskampfes, oder des Muthwillens oder Leichtsinnes, oder jugendli-

*) Anmerk. zum StGB. Bd. I. S. 153 ff.

cher Unbesonnenheit; — zu den seltneren Fällen gehören diejenigen Zweikämpfe, welche durch eine vorbedachte bösabsichtliche Ehrenkränkung, oder durch eine moralisch schändliche Handlung des einen Theils hervorgerufen sind. In den Fällen der ersten Art, denen die häufigen Studenten-Duelle (abgesehen von höchst seltenen Ausnahmen) beizuzählen sind, ist es nicht etwa das Gefühl des Hasses, der Verachtung, des Rachedurstes, mit welchem die Duellanten einander gegenübertreten; sondern sie greifen zu den Waffen, blos um dem sie beherrschenden Vorurtheile zu genügen. Nach dem Gebote dieses Vorurtheils müssen sie Feinde seyn, wenn gleich keine Spur von Erbitterung im Gemüthe zurückgeblieben ist. Demzufolge ist auch ihre Absicht nicht wesentlich darauf gerichtet, dem Gegner eine mehr oder minder bedeutende Verletzung beizubringen, und in dem Blute desselben ihre Ehre rein zu waschen, sondern nur darauf, durch Erprobung ihres Muthes das Gesetz der Ehre zu erfüllen. Daß eine Verletzung wirklich erfolge, ist kein wesentliches Merkmal des Zweikampfes; vielmehr fallen, zu-

mal unter Studierenden, hunderte von Duellen vor, bey welchem keine, oder nur unbedeutende Verwundungen herauskommen, bis sich einmal eine lebensgefährliche oder wirklich tödtende Verletzung ergibt. In einem solchen Falle tödtlichen Ausganges gilt es nun, den bloßen Erfolg von der äußern Erscheinung der That in ihrem ganzen Zusammenhange zu unterscheiden. Wenn der Richter alle Umstände erwägt, die vielleicht unbedeutende Veranlassung des Duells, die in dem tyrannischen Vorurtheile wurzelnden Beweggründe, das Nichtdaseyn einer Leidenschaft, aus welcher sich die Absicht, zu tödten, erklären ließe, die Gemüthsart des unglücklichen Thäters; wenn er ferner erwägt, daß es bey Duellen, wie z. B. unter Studierenden vorkommen, auf eine schwere Verletzung gar nicht abgesehen, und daß hier nur jugendlicher Leichtsinn und Uebermuth, nicht aber bösartige Triebfedern die Waffen in die Hand geben, so muß er es höchst unwahrscheinlich finden, daß der Erfolg beabsichtigt worden, daß die Tödtung eine vorsätzliche sey. — Man könnte wohl einwenden: wer dem Gegner den De-

gen in die Brust stößt, hat gewiß den Tod desselben gewollt. — Allein dies eben ist das Unwahrscheinliche, daß das Stoßen des Degens in die Brust vorsätzlich geschehen sey; vielmehr ist es in Fällen der gedachten Art nach allen Umständen fast mit Gewißheit anzunehmen, daß der Stoß die gefährliche Stelle nur aus Unvorsichtigkeit, wegen Mangels an Gewandtheit, oder durch die Richtung getroffen hat, welche er in Folge des Zusammentreffens mit dem Degen des Gegners erhielt. Dem Allem zufolge wird das Daseyn des ersten Erfordernisses in den meisten Fällen nicht angenommen werden können.

Wenn aber auch bey dem Thäter selbst — in der Hitze des Kampfes der Vorsatz, seinem Gegner eine schwere Verletzung beizubringen, entstanden war, so kann dies doch

2) bey Bemessung der Schuld der Sekundanten keineswegs berücksichtigt werden. Bey Beantwortung der hier vorliegenden Frage handelt es sich davon, ob der verbrecherische Vorsatz des Urhebers, sofern dessen Daseyn überhaupt anzunehmen wäre, ein vorbedächtlicher gewesen, ob er der ganzen Handlung vor-

hergegangen, und vor der Ausführung des Zweikampfes oder doch des entscheidenden Ganges den Sekundanten bekannt geworden war. Die auf Tödtung oder schwere Verwundung gerichtete Absicht der Duellanten oder eines derselben kann bey Beurtheilung der Schuld der Sekundanten nur in so fern in Betracht kommen, als sie denselben bekannt war. Diese vorausgegangene Kunde muß besonders bewiesen, sie kann nicht vermuthet werden. Die Zweikämpfe, welche weder ein Verbrechen noch ein Vergehen zur Folge haben, sind, wie schon bemerkt wurde, weit häufiger, als diejenigen, deren Ausgang unter die Verordnungen des Strafgesetzbuchs fällt. Darum läßt sich nichts weniger behaupten, als daß, wer von einem beabsichtigten Zweikampfe Kunde hatte, auch von der Tödtung oder Verwundung, welche im gegebenen Falle erfolgte, zum Voraus unterrichtet war. (S. unten Nr. 3, 6.)

3) „Sekundanten,“ sagt Mittermaier, „sind bey einem Duelle nothwendig, um in den „ganzen, an sich freilich gesetzlosen Akt Ordnung „zu bringen, die Ausbrüche wilder Nachlust

„zu verhindern, und entweder alle oder doch „die bedeutenden Verwundungen abzuwenden." — „Ihre Theilnahme ist daher keine in einem „Trotze gegen das Gesetz bestehende, vielmehr „die Zwecke des Gesetzes befördernde." — Bey der obenerwähnten Discussion der französischen Pairskammer äußerte der Berichterstatter der Commission, Baron Pasquier, über die Theilnahme der Sekundanten: „leur intervention „est toute pacifique, toute dans l'interêt du „bon ordre et des moeurs: si une reconci-„liation peut s'opérer, ce sont eux, qui la „préparent; si elle est impossible, ils veil-„lent du moins à ce que la loyauté préside „au combat, et à ce qu'il ne se prolonge „pas d'une manière barbare *)." — Die

*) Ihr Einschreiten ist nur friedfertig, und blos im Interesse der guten Ordnung und der Sitten. Wenn sich eine Aussöhnung herbeiführen läßt, so sind sie es, welche die ersten Schritte dazu thun. Ist eine friedfertige Ausgleichung unmöglich, so sorgen sie wenigstens dafür, daß der Zweikampf mit Redlichkeit geführt, und nicht auf eine barbarische Art verlängert werde.

Aufgabe der Sekundanten ist, wo möglich zu verhüten, daß ein Verbrechen begangen werde; sie sind zwar Theilnehmer an dem Zweikampfe, nicht aber, um die Ausführung eines mitunter daraus erfolgenden Verbrechens oder Vergehens zu befördern, sondern vielmehr, um solche zu verhindern; deswegen mögen sie wohl als Gehilfen des Duells, sofern dieses als selbstständige Uebertretung in Betracht kömmt, angesehen werden, aber Gehilfen der im einzelnen Falle erfolgten Tödtung oder Verwundung sind sie nicht; denn es fehlt an dem wesentlichen Merkmale, dem Vorsatze, die Ausführung der Tödtung oder Verwundung zu befördern. Die ordnende, verhütende, versöhnende Theilnahme der Sekundanten ist zwar hier ohne günstigen Erfolg geblieben; aber daraus folgt doch keineswegs, daß sie von verbrecherischem Vorsatze geleitet war; — und ohne diesen ist wahre Beihilfe im Sinne der Art. 73—77 nicht vorhanden.

Die Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht argumentiren folgermaßen: „Die Theilnahme von Sekundanten ist ein wesentliches Erforderniß des Duells; wer demnach die Rolle des

Sekundanten übernimmt, trägt zur Ausführung des Duells wesentlich bey; da nun aus dem Duelle eben so leicht ein größeres als ein geringeres Verbrechen oder Vergehen erwachsen kann, so ist anzunehmen, daß der Sekundant auch zur Ausführung des größeren Verbrechens, wenn ein solches erfolgt, beizutragen beabsichtigt habe." Hierauf ist zu erwiedern: a) Wenn nach den Gebräuchen des Duells die Theilnahme von Sekundanten als wesentlich erscheint, so ist dies doch nicht so aufzufassen, als ob mit der Unmöglichkeit, Sekundanten aufzufinden, das Institut des Zweikampfs ganz verschwinden würde. Vielmehr würde dies nur bewirken, daß derselbe einen ganz regellosen und gefährlicheren Charakter bekäme, und tödtliche Verletzungen wären eine häufigere Folge. Die Zuziehung von Sekundanten beruht auf einer mildernden und in sehr vielen Fällen Unheil verhütenden Gewohnheitsnorm. So lange es nun dem Staate noch nicht gelungen ist, das die Zweikämpfe hervorrufende Vorurtheil auf dem Wege der Gesetzgebung zu entkräften, so lange er diejenigen, welche in vorkommenden Fällen den Zwei-

kampf versagen, vor empfindlichen Kränkungen und Störungen ihres geselligen Lebens nicht zu schützen vermag, so lange ist es wahrhaft verkehrt, die Strenge der Strafgesetze auch gegen eine Einrichtung zu kehren, von welcher Mittermaier treffend bemerkt, daß sie die Zwecke des Gesetzes befördere. Wahrlich! ein Richter, welcher sich die oben angeführten, leitenden Grundsätze der Anmerkungen zum Strafgesetzbuche ganz eigen gemacht, welcher nicht blos den Buchstaben des Gesetzes vor Augen hat, sondern auch in den Geist desselben eingedrungen ist, welcher alle Umstände, alle Verhältnisse in ihrem lebendigen Zusammenhange aufzufassen und zu beurtheilen weiß; — er kann nicht fehlgreifen, er kann nicht auf den Gedanken kommen, Sekundanten, gegen welche besondre erschwerende Umstände nicht vorliegen, als Gehilfen der erfolgten Verwundung oder Tödtung zu bestrafen. b) Aus der Handlung des Sekundanten kann weder ein größeres noch ein geringeres Verbrechen entstehen; auch ist seine Theilnahme, wie schon gezeigt wurde, überhaupt nicht darauf gerichtet, ein Verbrechen

zu bewirken *). Aber auch von der Handlung der Duellanten, von dem wirklichen Zweikampfe kann man im Allgemeinen nicht sagen, daß daraus eben so leicht ein größeres oder geringeres Verbrechen entstehen könne. Denn wenn die Duellanten, wie dies insbesondere bey Zweikämpfen unter Studierenden meistens der Fall ist, eine bedeutende Verletzung gar nicht beabsichtigen, so wird eine solche nur höchst selten eintreten. Zumal ist eben durch die Gegenwart der Sekundanten, durch deren Befugniß, gefährliche Stöße wo möglich abzuwehren, durch die zu beobachtende Ordnung des Kampfes, durch dessen Eintheilung in mehrere Gänge, durch die vorbereitete Gegenwehr, und durch die von den Sekundanten zu handhabenden Sitte, zufolge welcher nach einer bestimmten Anzahl von Gängen dem Kampfe ein Ziel gesetzt wird, die Gefahr einer größeren Verletzung sehr vermindert. Die Vorschrift des Art. 41. **) paßt hier nicht. Sie

*) Deswegen kann der Art. 41. gegen die Sekundanten nicht angeführt werden.

**) Wer mit dem Vorsatze, ein Verbrechen

Sie kann wohl bey Bemessung der Strafbarkeit des Stoßes, mit welchem im einzelnen Falle die Brust des Gegners durchbohrt wurde, zur Anwendung kommen, sofern nur überhaupt diese Handlung eine vorsätzliche war; allein man muß sich wohl hüten, den concreten Erfolg des Duells mit dem Duelle selbst zu verwechseln. Gegen obige Argumentation spricht aber entscheidend der Art. 80. *), und die offizielle Anmer-

---

zu bewirken, eine Handlung unternommen hat, woraus eben so leicht ein größeres, als ein geringeres Verbrechen entstehen kann, ist in Ansehung des daraus entstandenen Verbrechens als vorsätzlicher Uebelthäter zu bestrafen, und soll mit dem Vorwande, daß seine Absicht nur auf das geringere Verbrechen gerichtet gewesen sey, nicht gehört werden.

*) Einem Gehilfen kömmt die Einrede: er habe nach seiner Absicht die Beihülfe zu einem geringern Verbrechen leisten wollen, als von dem Urheber vollzogen worden ist, nur dann zu Statten, wenn er zu zeigen vermag, daß ihn der Urheber ausdrücklich nur für das geringere Verbrechen aufgefordert habe, wesfalls seine Strafe im Verhältnisse zu demjenigen Verbrechen auszumessen ist, worauf seiner Absicht nach die Beihilfe gerichtet war.

kung zu demselben. Die Natur des Zweikampfes bringt es mit sich, daß die Sekundanten nur zur Beihülfe bey diesem, also bey einer Handlung aufgefordert werden, die an sich nur Polizeiübertretung oder Disziplinarvergehen ist, und woraus weder der Tod noch eine erhebliche Körperverletzung gewöhnlich und nothwendig entsteht. Darum kann eine solche, wenn sie einmal vorkömmt, den Sekundanten nicht zugerechnet werden, und die Strafe derselben ist nur nach den Disziplinargesetzen zu bestimmen, auf deren Uebertretung ihrer Absicht nach die Beihilfe allein gerichtet war.

4) Da es von Seite der Sekundanten an dem Vorsatze fehlt, ein Verbrechen zu befördern, so folgt von selbst, daß ihre Handlung unter die Bestimmung der Art. 74 bis 76. nicht subsumirt werden könne. — Die Sekundanten geben allerdings den Duellanten die Waffen in die Hand, aber in welcher Absicht geschieht dies? — Um zu verhüten, daß keiner den Andern unvorbereitet überfalle; der Eine darf nicht eher den Aus-

fall machen, bis der Andere zur Gegenwehr vollkommen gefaßt und gerüstet ist. Dieses in die Hand Geben der Waffen ist also nicht als ein Verschaffen der Mittel zur Vollbringung der That, sondern als eine Vorkehrung zu betrachten, welche die Verhütung eines Verbrechens bezweckt. Gleiche Bedeutung hat die fernere Theilnahme der Sekundanten an der Handlung des Zweikampfs; sie treten dazwischen, wenn der eine Theil in der Hitze des Gefechts die Schranken der herkömmlichen Ordnung überschreitet, oder wenn einer der Streitenden die Geistesgegenwart verliert und gefahrbringende Blößen zu geben im Begriffe steht, überhaupt wenn die Lage der Kämpfer nicht mehr gleich ist; sie sind aufmerksam auf jede noch so unbedeutende Verletzung, um alsbald dem Kampfe ein Ende zu machen; sie vermitteln diese Beendigung nach einer Anzahl von Gängen, auch wenn keine Verletzung erfolgte, und gefährliche Stöße abzuwehren, wie schon bemerkt wurde, liegt gleichfalls in ihrer Aufgabe. Diese Aufgabe wird zwar nicht immer gelößt; aber die Sekundanten thun doch nichts, um die Ausführung eines Verbrechens oder

Vergehens zu befördern, und können daher, wenn ein solches erfolgt, als Gehilfen nicht bestraft werden.

Auch selbst das möchte sich bezweifeln lassen, ob der Art. 78 *) gegen Sekundanten und Zeugen anwendbar sey. Denn auf Begehung eines Verbrechens oder Vergehens ist der Duell nicht wesentlich gerichtet; die meisten Duelle gehen vorüber, ohne daß es dazu kommt. Sodann

*) Jeder Unterthan ist schuldig, Verbrechen oder Vergehen, welche in seiner Gegenwart vorbereitet oder angefangen werden, oder von welchen er sonst weiß, daß sie geschehen sollen, entweder durch schleunige Anzeige bei der nächsten Obrigkeit oder durch Warnung der dadurch gefährdeten Person, und im Falle der Unthunlichkeit des Vorigen, durch Herbeirufen oder Herbeiholen Anderer, oder durch sonstige in seiner Macht habenden Mittel, so weit es ohne Gefahr für ihn selbst oder einen Dritten geschehen kann, zu verhindern. Wer diese Bürgerpflicht durch sein Verschulden nicht erfüllt hat, soll mit öffentlichem Verweise, oder nach Umständen mit Gefängnißstrafe von einem Tage bis zu einem Monate bestraft werden.

würde die Anzeige bey der Obrigkeit oder das Herbeyrufen Anderer allerdings mit einiger Gefahr verbunden seyn; nämlich mit der Gefahr, als Angeber und Verräther verachtet, geschmäht, mißhandelt, und ausgestoßen zu werden aus dem Kreise seiner Standesgenossen und Freunde. Der Staat kann nicht verlangen, daß man hiergegen gleichgültig sey; da er es aber nicht in seiner Gewalt hat, Schutz gegen solche Unbilden und Kränkungen zu gewähren, so kann jener Gefahr die Beachtung nicht versagt werden. Ohnehin sind die Sekundanten nicht blos unthätige Zuschauer, sie sind thätig für die Abwendung solcher Verletzungen, welche in die Sphäre der Verbrechen oder Vergehen fallen könnten. — Dem Allen gemäs scheint hier ein solcher Fall, wie ihn der Art. 78 für die Beihilfe dritten Grades voraussetzt, nicht vorhanden zu seyn.

Wir können übrigens diese Erörterung nicht schließen, ohne mit einem aus Unwillen und Wehmuth gemischten Gefühle innig zu beklagen, daß die fortdauernde Herrschaft eines barbarischen Vorurtheiles, welches dem Gesetze der Ehre zu hul-

digen vorgibt, aber nur unsittlichem Egoismus fröhnt, wissenschaftliche Untersuchungen über Fragen dieser Art nothwendig macht. Wir behalten uns vor, unsere Ansichten darüber, wie die Beseitigung desselben zu erstreben sey, künftig mitzutheilen.

VII.

Ueber die Glaubwürdigkeit von Zeugen, die einzelne Fragepunkte schwankend, unbestimmt oder gar irrig beantworten.

VII.

Ueber die Glaubwürdigkeit von Zeugen, die einzelne Fragepunkte *schwankend*, *unbestimmt* oder gar *irrig* beantworten.

Widersprüchen eines Zeugen mit sich selbst, dem Schwanken und der Unbestimmtheit in den Aussagen, oder gar der offenbaren Falschheit Einzelner derselben legt man gewöhnlich einen sehr nachtheiligen Einfluß auf die Glaubwürdigkeit bey; und mit Recht, weil man von diesen Umständen auf einen Mangel entweder der *Fähigkeit* oder des *Willens*, die Wahrheit zu sagen, schließen kann.

Aber es kann auch Fälle geben, wo das Schwanken und die Unbestimmtheit des Zeugen bey einzelnen Aussagen die Glaubwürdigkeit desselben nicht nur nicht *vermindert*, sondern sogar *erhöht*.

Gewöhnlich sind die ersten Artikel, worüber der Zeuge vernommen werden soll, im Allgemeinen darauf gestellt, ob derselbe von dem Verhältnisse, dessen Daseyn zu bewahrheiten ist, überhaupt Kenntniß habe. Da kommt es nun häufig vor, daß der Zeuge auf solche allgemeine Fragen erklärt: „er habe allerdings Wissenschaft davon, aber ob er über alle Umstände ganz genaue und richtige Rechenschaft zu geben im Stande sey, das könne er nicht verbürgen: — er sey allerdings dabey gewesen, habe aber, so wie er meine, nicht ganz genau Acht gegeben, — er zweifle, ob er seinem Gedächtnisse vollkommen trauen dürfe, u. dgl." — Wenn nun auch der Zeuge die allgemeineren Artikel auf eine so schwankende, zweydeutige Weise beantwortet, sich aber auf die folgenden Artikel, welche die einzelnen Umstände des zu erweisenden Verhältnisses enthalten, klar, fest und bestimmt erklärt hat, so kann man wegen jenes Schwankens, jener Unbestimmtheit, die Glaubwürdigkeit dieser festen, bestimmten Aussagen noch nicht für geschmälert halten. Denn der Zeuge, der eben erst, unter Androhung zeitlicher und ewiger Stra-

fen des Meineides, mit religiöser Feyerlichkeit beeidigt wurde, scheint durch jene unsichern, ausweichenden Antworten nur sein Gewissen vor dem Vorwurfe einer etwa nicht ganz richtigen Aussage verwahren zu wollen. Er ist ängstlich besorgt, nicht im geringsten mehr zu sagen, als er bestimmt weiß, und ist eben deßwegen in Rücksicht desjenigen, was er bestimmt und fest aussagt, vollkommen glaubwürdig. Als er über seine Wissenschaft von dem Verhältnisse überhaupt zuerst allgemein befragt wurde, wußte er sich aller dabey vorgekommenen Umstände nicht sogleich deutlich zu erinnern; indem ihm aber nun diese einzelnen Umstände durch die folgenden Artikel ins Gedächtniß zurückgerufen werden, wird ihm Alles, was und wie es sich zugetragen, wieder anschaulich, und er giebt darüber gründliche, klare Rechenschaft. — Betrachten wir nun das ursprüngliche Schwanken und Ausweichen aus diesem Gesichtspunkte, so ergiebt sich die oben angedeutete Folge, daß es die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht nur nicht vermindere, sondern eher noch vermehre.

Eben so wenig kann man einen Zeugen ge-

radezu für verdächtig halten, wenn er etwa in einem Nebenpunkte eine unrichtige Angabe machte, insbesondere wenn er Zahlenverhältnisse unrichtig angab. Denn hier mag ein error calculi in Mitte liegen, ohne daß man hiervon auf Unfähigkeit, vorgefallene Thatsachen wahrzunehmen und im Gedächtnisse zu bewahren, oder auf Mangel an Willen, das Wahre zu sagen, bündig schließen könnte.

Freylich kömmt in solchen Fällen das Meiste auf die individuellen Eigenschaften des Zeugen an; aber für das richterliche Ermessen, welches hier so freyen Spielraum hat *), dürften die hier vorgetragenen Bemerkungen doch nicht unwichtig seyn.

---

*) Fr. 13. de testibus. c. 5. X. de test. cog. — Vgl. Kreittmayrs Anmerkungen zum Cod. Judic. Cap. X. §. 17.

VIII.

Ist es wünschenswerth, daß die Vorlesungen über Rechtswissenschaft, insbesondere über römisches Recht, in lateinischer Sprache gehalten werden?

VIII.

Ist es wünschenswerth, daß die Vorlesungen über Rechtswissenschaft, insbesondere über römisches Recht, in lateinischer Sprache gehalten werden?

Promotionsrede 1824.

Im Königreiche Preußen erging im Laufe des vorigen Jahres die Verordnung, daß die erste der Prüfungen, welche die Aspiranten zum Staatsdienste zu bestehen haben, in lateinischer Sprache abgehalten werden solle. Eben so wurden in Bayern die Prüfungsvorschriften dahin abgeändert, daß ein Theil der Fragen mündlich und darunter mehrere in lateinischer Sprache zu beantworten seyen.

Diese Anordnungen haben hin und wieder die Bemerkung veranlaßt, daß es zur gehörigen

Vorbereitung des Kandidaten nothwendig, und auch in sonstiger Hinsicht ersprieslich sey, die alte Sitte, nach welcher die akademischen Vorlesungen, insbesondere über römisches und canonisches Recht, in lateinischer Sprache gehalten wurden, wieder ins Leben zu rufen. Der Wunsch, diese Restauration bewerkstelligt zu sehen, ist bereits mannichfach geäußert worden, und die Frage, ob dieser Wunsch zu billigen sey oder nicht, scheint um so mehr praktisches Interesse zu gewinnen, als das am Horizonte der Gegenwart vorwaltende Sternbild dergleichen Bewegungen zu begünstigen scheint. Auch ist wohl die Wichtigkeit der Frage nicht zu verkennen. Es handelt sich hier nicht blos von einem zufälligen, äußeren Gewande der Wissenschaft, sondern von einer auf das innerste Wesen derselben einflußreichen Veränderung; von einer Veränderung, welche auch auf die Rechtspflege und überhaupt das Rechtsleben entscheidende Rückwirkung äußern würde, und bey welcher die Ehre und das Wohl des deutschen Volkes in mehrfacher Hinsicht betheiligt sind.

Indem ich die Beantwortung der aufgestell-

ten

ten Frage versuche, erkläre ich vor Allem, daß ich diejenigen nicht bekämpfen werde, welche für Anordnung lateinischer Lehrvorträge keinen andern Grund anführen, als den: Vor 50, oder 100, oder 200 Jahren sind die Vorträge in lateinischer Sprache gehalten worden; also ist diese Einrichtung gut, und sie muß wieder hergestellt werden. Es spucken zwar dergleichen Paladine der Vergangenheit nach allen Seiten im Lande herum, ungescheut erheben sie das mit dem Zeichen der Krebse versehene Panier, und fangen auf allen Straßen mit dem hellen Tageslichte und der gesunden Vernunft Händel an. Allein contra principia negantem non est disputandum. Wer das Heil der Menschheit in Rückschritten der Kultur sucht; wer die Fortschritte, welche der menschliche Geist in den lezten 40 Jahren gemacht hat, mit frömmelnden Seufzern beklagt oder gar als Werke des Teufels verflucht; wer den Spruch: „Selig sind die Einfältigen,“ als die höchste Weisheit preis't, — der ist unzugänglich den Waffen der Wissenschaft, und wollte Apollo selbst seine schärfsten Pfeile auf ihn niedersenden, sie würden abprallen an

den dichten Außenwerken solcher Gehirne. So wenig aber ich gesonnen bin, mit diesen Rittern der Finsterniß eine Lanze zu brechen, eben so wenig kömmt es mir bey, anderen Leuten das Wort zu reden, denen nämlich, welche die Kunde des Alterthums, die genaue Kunde der Sprachen einer klassischen Vorzeit für etwas Ueberflüssiges erklären, und dafür halten, die jungen Leute können wohl nützlicher und praktischer beschäftigt werden, als im Gebiete der Philologie. Abgesehen davon, daß, so lange die Herrschaft der Rechtsbücher Justinians fortdauert, die Gesetzkunde durch vertraute Bekanntschaft mit der Sprache eines Paulus und Papinian, und mit der ganzen Geschichte ihres Vaterlandes bedingt ist, und auch die Kenntniß der griechischen Sprache in gleicher Beziehung nicht wohl entbehrt werden kann; — abgesehen von dieser unmittelbaren praktischen Bedeutung kann es wohl im allgemeinen Interesse der Humanität und auch im wahren Interesse des Staates nicht genug beklagt werden, daß die historisch-philologischen Studien, nach dem Uebergange zu den speciellen Fakultäten, von so Wenigen mit Eifer fortgesetzt

werden, und daß die römischen und griechischen Schriftsteller, die wie Cicero sagt: „qui tam multas imagines non solum ad intuendum, verum etiam ad imitandum fortissimorum virorum expressas reliquerunt“ — daß die hehren Musterbilder des Alterthums nicht die täglichen Begleiter der zum Manne reifenden Jünglinge bleiben.

Obwohl ich nun jede passende Aufmunterung zur Fortbildung in dem eben erwähnten Fache als höchst vortheilhaft erkennen müßte; so spreche ich es doch unbedenklich als meine innerste Ueberzeugung aus, daß die Anordnung lateinischer Lehrvorträge, so fern solche Hauptfächer des juristischen Kursus, insbesondere das Pandekten-Kollegium treffen sollte, eine sehr beklagenswerthe, in mehrfacher Hinsicht höchst nachtheilige Maaßregel seyn würde. Dieselbe würde

1) nachtheilig wirken hinsichtlich der Klarheit, Lebendigkeit und Gründlichkeit des Vortrages, sie würde den Zuhörern nicht nur die Auffassung des Lehrvortrages, sondern auch die Einsicht in den Gegenstand desselben erschweren, und es dem Lehrer unmöglich machen, für die Ausbildung

seiner Schüler, nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Wissenschaft, gehörigermaßen thätig zu seyn. Mag immer der Lehrer die höchste Gewandtheit im Lateinisch-Sprechen besitzen, mögen auch die Zuhörer dermaßen gebildet seyn, daß sie den Sinn der lateinischen Rede richtig, vollständig und mit Leichtigkeit aufzufassen im Stande sind; nur in der Sprache, in welcher man denkt, pflegt man den Gedanken in seiner ganzen Schärfe und Klarheit auszusprechen und aufzufassen; nur in dem Sprachelemente, in welchem eine Gedankenreihe gezeugt worden, wird sich der Ausdruck derselben frey und lebendig, treu und anschaulich gestalten und bewegen; und muß sie in fremdem Gewande hervortreten, so wird es immer nur ein Flug mit gelähmten Schwingen seyn.

Die Richtigkeit dieser Sätze ist durch die großen Fortschritte bewährt, welche die Rechtswissenschaft, insbesondere die Kunde des römischen Rechts, in Deutschland seit der Zeit gemacht hat, daß die Bearbeitung dieses Feldes in deutscher Sprache geschieht. Es ist Hugo's großes Verdienst, in dieser Hinsicht die Bahn gebrochen

oder geebnet zu haben, welche jetzt allgemein betreten wird. Seit dieser Zeit sind hunderte von Begriffen schärfer gefaßt, zahlreiche Irrthümer berichtigt und Mißverständnisse gehoben worden; hier und dort hat die Forschung festen Fuß gefaßt, wo vorher überlieferte Meinungen auf unsicherem Boden schwankten; in vielen Lehren ist das Dunkel der früheren Darstellungen einer lichtvollen, faßlichen Entwicklung gewichen, und nicht selten hat erst die Bearbeitung in der vaterländischen Sprache eine bestimmte Vorstellung von Gegenständen verschafft, hinsichtlich welcher man sich früher seit Jahrhunderten mit einem Gedächtnißkrame nichtverstandener Worte begnügt hatte. Was in Goethe's Faust von der Theologie gesagt wird:

„Eben wo Begriffe fehlen,
„Da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein:
„Mit Worten läßt sich trefflich streiten,
„Mit Worten ein System bereiten;
„An Worte läßt sich trefflich glauben u. s. w." —

Dafür möchten auch im Gebiete der Rechtswissenschaft in den lateinischen Schriftwerken, Vorlesungen und Disputationen der älteren Zei-

ten zahlreiche Belege gefunden werden, und besonders sind die praktischen Werke, die consilia und responsa, unendlich reich an Beyspielen von Außerachtlassung des Axiomes: „daß ein Begriff doch bey dem Worte seyn müsse.“

Wenn nun die neuere Zeit in diesen Beziehungen eine bessere geworden ist, so mag zwar nicht verkannt werden, daß ein großer Theil des Dankes einerseits den historischen Forschungen der neueren Juristen, anderseits dem philosophisch-kritischen Sinne des Zeitalters gebühre. Aber gerade diese historischen und philosophischen Untersuchungen sind Offenbarungen des deutschen Geistes, und in deutscher Sprache sind sie geboren worden. Die deutsche Sprache ist ihr eigenthümliches Lebenselement, sich in diesem bewegend mochten sie bestens gedeihen, und die Früchte zur Reife bringen, deren Rechtswissenschaft und Rechtsleben sich erfreuen. Es hieße diese Früchte ungenießbar machen, sie verfälschen und verderben, wenn man sie in der Sprache Latiums auftischen wollte.

Zur Vertheidigung lateinischer Lehrbücher und Lehrvorträge über römisches Recht könnte

übrigens gesagt werden, daß viele der Männer, welche sich als Schriftsteller und Lehrer in diesem Fache die größten Verdienste erworben, in lateinischer Sprache geschrieben und gelehrt haben. Insbesondere könnte man sich auf die großen Männer des sechszehnten Jahrhunderts berufen, und in dem Beyspiele des Donellus, Duarenus, Brissonius, Cujacius und der Gothofrede ein entscheidendes Argument suchen. Aber durch dieses Argument wird nicht das Geringste bewiesen. In dem Zeitalter jener Männer waren die neueren Sprachen, insbesondere die deutsche, wenigstens für wissenschaftliche Arbeiten, noch im Zustande der Kindheit. Sie würden, hätte man sich ihrer in Vorlesungen oder in literarischen Arbeiten bedienen wollen, bey jedem Schritte ihre Dienste versagt haben. Dem zu Folge war damals die lateinische Sprache für den Stand der Gelehrten aller Nationen die wahrhaft lebende Sprache, in welcher sie dachten, und sonach ihre Gedanken auch am besten offenbarten. Seitdem sich aber die Eigenthümlichkeit der Völker des neuern Europa's auch in der National-Literatur eines jeden

entwickelt hat; seitdem sich die neueren Sprachen durch unsterbliche Leistungen jeder Gattung in Kunst und Wissenschaft bewährt haben; seitdem ist die Sprache der Römer auch für die Gelehrten eine todte geworden, und das Bedürfniß, dieselbe nicht nur gründlich verstehen, sondern auch gut und geläufig sprechen zu können, mußte allmählig ganz verschwinden. Nur des Herkommens willen und wohl auch ostentationis causa wurde lange noch bey feyerlichen Gelegenheiten der Gebrauch der sogenannten Gelehrtensprache beybehalten; aber daß diese Sitte mit dem volksthümlichen Standpunkte der Kultur nicht mehr im Einklange war, dieses offenbarte sich gemeinhin in der Beschaffenheit des Latein, welches bey diesen Feyerlichkeiten gehört wurde.

Noch könnte man einwenden, daß, weil die Quellen des römischen und canonischen Rechtes in lateinischer Sprache geschrieben sind, nichts so natürlich sey, als sich in Büchern und Vorlesungen über diesen Gegenstand derselben Sprache zu bedienen. Aber ich frage: für wen und zu welchem Zwecke bearbeiten und lehren wir römi-

römisches Recht? Um Rechtsnormen für das deutsche Volk zu erforschen und festzustellen, um Richter für das deutsche Rechtsleben zu bilden. Der akademische Lehrvortrag soll den Uebergang der römischen Rechtsvorschriften in das Leben der Gegenwart vermitteln. Andre Völker sind seit Ulpian und Paulus und Justinian, nachdem Roms Herrlichkeit und Herrschaft vernichtet war, auf der Weltbühne erschienen; Sitten und Gebräuche haben sich mannichfach verändert, Handel und Gewerbe ruhen auf anderen Grundlagen; Religion und Staatsverfassung, Wissenschaft und Künste der heutigen, christlichen, deutschen Welt sind wesentlich verschieden von den entsprechenden Elementen des römischen Staats- und Volkslebens zur Zeit der großen Juristen; — dieses ist untergegangen, aber sein Erzeugniß — die römischen Rechtsbücher, die in allen Fäden ihres Wesens mit ihm innigst zusammenhängen, leben und herrschen noch fort. Gewiß ist es ernster, patriotischer Klage werth, daß man, um zu wissen, wie unsre Richter im neunzehnten Jahrhunderte den Deutschen Recht sprechen sollen, um mehr

als ein Jahrtausend forschend rückwärts gehen, und, so gut es gelingen mag, erfahren oder errathen muß, was in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts bey den Römern als Recht gegolten habe. — Um aber die Nachtheile dieses Zustandes so viel möglich zu mindern, um den natürlichen Gegensatz des deutschen Lebens und des römischen Gesetzes einigermaßen zu versöhnen und auszugleichen, müßte man eifrigst streben, das Letztere unter uns durch die Doktrin zu naturalisiren, d. h. durch ächte, deutsche Wissenschaft des römischen Rechtes dasselbe gewissermaßen in unser Volksthum aufzunehmen. Dies Bestreben könnte aber nur dadurch gelingen, daß man sich bey der Bearbeitung des fremden Stoffes der deutschen Sprache bediente; denn die Verschiedenheit der Völker prägt sich hauptsächlich in der Verschiedenheit ihrer Sprachen aus; in diesen offenbaren sich charakteristisch die nationellen Eigenthümlichkeiten an Geist und Gemüth, und daher wurde mit Recht behauptet, das wesentlichste Merkmal eines Volksthumes sey die Sprache des Volkes. Es kann kein Zweifel darüber obwalten, daß das römische

Recht, seitdem es in unserer Muttersprache bearbeitet und gelehret wird, für die Rechtspflege in Deutschland brauchbarer geworden sey; daß man sich erst seit dieser Zeit über die Ausscheidung des unanwendbaren Materials gehörig verständiget habe, und daß seitdem, so wie die Theorie lebendiger, so die Praxis wissenschaftlicher geworden ist. Diese Vortheile würden großentheils wieder verloren gehen, wenn man die lateinische Sprache im Rechtsstudium zur herschenden machen wollte. Dieses Studium würde bey den Meisten wieder lediglich dem Gedächtnisse anheimfallen; es würde zwar die Fertigkeit, die schulgerechten Definitionen und Eintheilungen in zierlichem Küchenlatein vorzutragen, häufiger vorkommen, als man sie gegenwärtig findet, aber seltener dagegen eine gründliche Einsicht in den Geist und das Leben der Rechtsinstitute, seltener die wissenschaftliche Auffassung der praktischen Bedeutung der Rechtssätze, seltener eine lebendige Gesetzeskunde, wie sie allein der Praxis frommt.

Eine besondere Betrachtung verdient

2) der Einfluß, welchen die Latinisirung des

Rechtsstudiums auf das künftige Unternehmen einer deutschen Civilgesetzgebung haben würde. Die Frage, ob es zeit- und zweckgemäß sey, den Mängeln des überlieferten Rechtszustandes durch eine Radikal-Reform, durch Begründung einer neuen, volksthümlichen, umfassenden Civil-Gesetzgebung abzuhelfen; die bejahende Beantwortung dieser Frage kann wohl nicht mehr als zweifelhaft gelten. Von der künftigen Civil-Gesetzgebung wird aber erwartet, daß sie nicht nur ihrem Inhalte nach den Sieg des fortgeschrittenen Geistes verkünde, und sich in dieser Hinsicht der vorangegangenen, staatsrechtlichen Gesetzgebung würdig anschließe; sondern auch, daß sie durch ihre Sprache ein Nationalwerk, daß sie volksthümlich und populär geschrieben sey, daß sie uns ganz unabhängig mache von den fremden, in fremder Sprache geschriebenen Rechtsquellen, und daß sie von jedem Bürger, der sich darin Raths erholen will, wohl verstanden werden könne. Allerdings könnte Bedenken darüber Staat finden, ob die deutsche Sprache, nach dem gegenwärtigen Stande ihrer Bildung, dazu geeignet sey, alle diese Erwar-

tungen vollkommen zu erfüllen. Der fremde Ursprung unsrer Quellen und deren Bearbeitung in ihrer Ursprache waren die Hindernisse, welche der Bildung der deutschen Sprache für den technischen Ausdruck juristischer Begriffe bis auf die neueste Zeit im Wege standen. Für diese technische Sprachbildung war auch in der Praxis nichts geschehen, indem man sich hier des buntscheckigen, sogenannten galanten Styles bediente, und, die Einmischung fremder Redensarten für eine Zierde haltend, um so weniger an Reinigung der Muttersprache dachte. Noch kein halbes Jahrhundert ist abgelaufen, seit unter den Juristen das Bestreben rege wurde, in möglichst reinem Deutsch zu sprechen und zu schreiben, und den Gebrauch fremder Worte und Ausdrücke so viel möglich zu vermeiden. Schon sehr vieles ist seit dieser Zeit für eine deutsche, juristische Terminologie geleistet worden, und von Jahr zu Jahr hat man sich neuer Fortschritte in dieser Hinsicht zu erfreuen. Allein die Durchsicht der schon vorhandenen, deutschen Gesetzbücher, so wie der besten juristischen Schriftwerke der neuesten Zeit, gewährt uns

die Ueberzeugung, daß sich noch ein weites Feld zu ferneren Fortschritten darbiete, und daß es immer noch Noth thue, sich dieser wahren National-Angelegenheiten mit vereinter Kraft zu widmen. Es läßt sich nun wohl nicht verkennen, daß die Wiederherstellung lateinischer Vorlesungen nach lateinischen Lehrbüchern diese Angelegenheit nicht nur nicht fördern, sondern höchst nachtheilig auf sie einwirken würde. Von den akademischen Pflegern der Rechtswissenschaft sind bisher die meisten Beyträge zur juristischen Ausbildung unserer Muttersprache ausgegangen, und die Fortsetzung dieser Leistungen könnte nicht gehofft werden, wenn dieselben wieder angehalten würden, in ihren Vorlesungen die Sprache ihres Volkes, die Sprache ihres eigenen geistigen Lebens zu verläugnen. Dazu kömmt

3) daß der fragliche Rückschritt, so wie er im akademischen Leben bethätigt ist, nothwendig auch in der Gerichtssprache, in dem Geschäftsstyle unerfreuliche Rückwirkung äußern würde. Noch in frischem Gedächtnisse ist die Barbarey des zwitterhaften stylus curiae, welcher von einer mehr gereinigten, deutschen Gerichtssprache,

zur Ehre deutscher Richter und Sachwalter und zum Heile der deutschen Rechtspflege, vor nicht langer Zeit verdrängt wurde. Erwägt man, daß diese Mißgestalt ihr mehrhundertjähriges Daseyn hauptsächlich dem Mangel deutscher Vorträge und Literatur über die fremden Quellen verdankte; so ergibt sich die Folgerung von selbst, daß mit der Wiederkehr dieses Mangels auch die Wiederkehr seiner früheren Wirkungen zu besorgen sey. Der Jurist, welcher seine Bildung in lateinischen Vorlesungen nach einem lateinischen Lehrbuche erhalten hat, wird in praktischen Arbeiten die deutsche Sprache nicht zu handhaben wissen, und die aus dieser Unbehülflichkeit entspringende Verlegenheit wird ihn wieder dem stylus cameralis vel quasi in die Hände führen, über dessen Ausmerzung das ganze Vaterland mit Recht frohlockt hat. Und welche Sprache wird es wohl seyn, in welcher künftig die Verhandlungen der öffentlichen Gerichte gepflogen werden — der öffentlichen Gerichte, welche die Weisheit und Gerechtigkeit unsers Königs den Bayern jenseits des Rheines erhalten, und den dißseitigen Provinzen demnächst eröffnen

wird? *) — Die deutsche Sprache, die ächte, reine deutsche Sprache, welche das Volk vor den Schranken versteht, wird und muß es seyn; und darum wollen wir Juristen dieselbe auch fernerhin vom Katheder herab und in Schriftwerken üben und pflegen, und mögen dem Vaterlande und der Gerechtigkeit die besten Früchte daraus erwachsen!

*) Obiges ward im J. 1824 geschrieben.

Inhalt

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Inhalt.

Seite

I. Beitrag zur Lehre vom Weiderechte . 1.
(Aus einem Programme. Würzburg 1822.)

II. Vom Zahlungstermin in Bezug auf den Exekutivprozeß . . . . . . 49.
(Aus einem Programme. Würzburg 1820.)

III. Von der Verjährbarkeit der Einreden . 79.
(Aus einem Programme. Würzburg 1824.)

IV. Ueber fr. 8. §. 3. si servitus vindicetur und fr. 15. de operis novi nunciatione 91.
(Aus demselben Programme.)

V. Ueber die durch fr. 12. de statu hominum f. 3. §. 12. de suis et legitinus heredibus begründete Rechtsvermuthung . . 109.
(Aus der allgemeinen juristischen Zeitung Jahrgang II. Nr. 29.

Seite

VI. Sind bei Tödtungen und Verwundungen, welche im Duelle vorfallen, die Sekundanten als Gehülfen zu betrachten? . . 125.
(Aus dem bayerischen Volksblatte 1829.)

VII. Ueber die Glaubwürdigkeit von Zeugen, die einzelne Fragepunkte schwankend, unbestimmt oder gar irrig beantworten 151.
(Aus dem unter II. erwähnten Programme.)

VIII. Ist es wünschenswerth, daß die Vorlesungen über Rechtswissenschaft, insbesondere über römisches Recht, in lateinischer Sprache gehalten werden? . . . . . 157.
(Aus dem Hesperus 1827).

Berichtigungen und Zusätze.

S. 37. Z. 6. lies „dahin" statt „dahier."
S. 51. den die Frage bejahenden Schriftstellern ist beizufügen: Bayer summar. Proz. S. 100. Note 7.
S. 62. zur Note ** setze bei: „über die neuere Literatur in Betreff des Satzes: „dies interpellat pro homine" und über die richtige Begränzung desselben — vgl. meine Abhandl. in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. I. S. 2—16.
S. 68. Note ** Z. 4. lies „nata" statt „nota."
S. 89. Note * Z. 13. lies „tecum" statt „tectum."
S. 94. Z. 11. setze bei: „die Ansicht v. Löhrs wurde neuerdings vertheidigt von Mittermaier im Archiv für civ. Praxis Bd. 19. S. 285.
S. 131. Z. 11. lies „Seguier" statt „Segnier."
S. 137. Z. 16. zwischen „wie" und „z. B." schalte ein „sie."

Bey den Verlegern dieses ist früher erschienen und durch alle Buchhandlungen zu erhalten:

Buchner, Andr., das öffentliche Gerichtsverfahren in bürgerlichen und peinlichen Rechtsvorfallenheiten nach altteutscher vorzüglich altbayerischer Rechtspflege. Nebst einem Anhang über den vortheilhaften oder nachtheiligen Einfluß dieses Verfahrens auf Verminderung und Abkürzung der Streitigkeiten und auf die richtige Anwendung der Gesetze. Eine gekrönte Preisschrift. gr. 8. 1825. 2 Thlr. 4 gr. od. 3 fl. 15 kr.

Lange, Joh. Christ., die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft. gr. 8. 1818. 20 gr. oder 1 fl. 18 kr.

— — Versuch einer Begründungslehre des Rechts. gr. 8. 1821. 22 gr. od. 1 fl. 24 kr.

Puchta, Dr. Wolfg. Heinr., der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentlichen und Privatrechts-Praxis. gr. 8. 1818. 1 Thlr. 20 gr. od. 2 fl. 48 kr.

— — Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zwei Theile. Zweite umgearbeitete Ausgabe. gr. 8. 1831 und 1832. 4 Thlr. 6 gr. od. 6 fl. 48 kr.

— — das Institut der Schiedsrichter, nach seinem heutigen Gebrauche und seiner Brauchbarkeit für Abkürzung und Verminderung der Prozesse betrachtet. gr. 8. 1823. geh. 16 gr. od. 1 fl.

Seuffert, Dr. Joh. Ad., Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung (codex juris bavarici judiciarii de anno 1753.) Erster Band. gr. 8. 1836. 1 Thlr. 18 gr. od. 2 fl. 48 kr. (Der 2. Band ist unter der Presse.)

— — Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern. 1r u. 2r Jahrgang 1836 u. 1837. (wöchentlich ein halber Bogen Nr. 1—52.) gr. 8. 1836. Jeder Jahrgang 2 Thlr. od. 3 fl. 30 kr.

Ulpiani, Domitii, quae in primum digestorum librum migrarunt fragmenta. Textu ad Codd. MSS. recognito ed. Dr. C. Bucher. Accedunt scripturae quatuor. Codd. specimina. 8 maj. 1819. 20 gr. od. 1 fl. 18 kr.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Seuffert, Johann Adam,

Gesammelte rechtswissenschaftliche Abhandlungen

Erlangen 1837

Jur.is. 183 p
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10740809-6